

Entscheidungen



Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Decker, Voswinckel und Heinsius.

Vierte Folge.

Zweiter Band.

Berlin,

Verlag von Carl Heymann.

1860.

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Decker, Voswinckel und Heinsius.

Zweiundvierzigster Band.

(Vierte Folge: Zweiter Band.)

Berlin,

Verlag von Carl Heymann.

1860.



Inhalts-Verzeichniß.

I. Plenar-Beschluß.

II. Senats-Entscheidungen.

1. Allgemeines Recht.

2. Provinzialrecht.

3. Strafrecht.

III. Präjudicien.

№ I.

Vorbehalt des Vorkaufsrechts in einem Erbzinsvertrage.

Das Vorkaufsrecht, welches in einem Erbzinsvertrage dem Erbzinsherrn ausdrücklich vorbehalten worden, ist als ein durch Vertrag begründetes anzusehen und wird daher durch die Aufhebung im §. 2. Nr. 6. des Agrargesetzes vom 2. März 1850, in Gemäßheit des §. 4. Absatz 1., ebendaselbst nicht betroffen. Präjudiz Nr. 2712.

Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, vom 2. März 1850 §§. 2., 4. und 5. (Ges.-Samml. S. 77.)

A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §. 710., Tit. 20. §§. 569., 573., 574. —

Edict, den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigenthums u. s. w. betreffend, vom 9. October 1807 §. 3. (Ges.-Samml. von 1806—1810, S. 170.).

Es verordnet das Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten u. s. w. im §. 2.:

Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben: —

2) das Ober-Eigenthum des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn; desgleichen das Eigenthumsrecht des Erbverpächters; der Erbzinsmann und der Erbpächter erlangen mit dem Tage der Rechtskraft des gegenwärtigen Gesetzes und lediglich auf Grund desselben das volle Eigenthum; —

6) die Vorkaufs-, Näher- und Retractrechte an Immobilien, mit Ausnahme der im §. 4. angeführten; —

Der §. 4. aber bestimmt im ersten Satze:

Das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien, das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthume besitzen, an deren Antheilen, sowie das Retractrecht der Miterben nach dem Rheinischen Civil-Gesetzbuch, bleiben in Kraft. —

Der Besitzer des Ritterguts Z. hatte das Gut Nr. 14. zu W. laut Vertrages vom 18. Juli 1795 zu Erbzinsrechten ausgethan und im Erbzinscontracte §. 18. die Verabredung getroffen:

Bei einer dinglichen Alienation muß jederzeit die herrschaftliche Einwilligung eingezogen, der neue Acquirent, ob er zur Besitznahme tüchtig, geprüft und der Gutsherrschaft, die vor jedem Fremden das Vorkaufsrecht sich hiermit ausdrücklich vorbehält, vorgestellt werden.

Mittelst Vertrages vom 30. Juli 1849 hatten indessen die Besitzer des Erbzinsgutes an den Fischer H. eine Parcelle verkauft und bei dessen Weigerung hat der Erbzinsherr Graf F. die Rückforderungsklage auf Grund der §§. 631 ff. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R., sowie des §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850, gegen den H. angestellt. Der Verklagte hat jedoch den Einwand erhoben, daß das im Erbzinsvertrage vorbehaltene Vorkaufsrecht kein

anderes, **als** das dem Erbzinsherrn als solchem gesetzlich zustehende, **mithin** aufgehoben sei. Aber das Kreisgericht zu **Mohrungen**, im Urtel vom 30. März 1855, hat den Verklagten **verurtheilt**, auch der Civil-Senat des Appellations-**Gerichts zu** Königsberg dies Erkenntniß im Appellations-**Urtel vom** 18. September 1855 im Wesentlichen bestätigt. **Dagegen** ist auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Verklagten **durch** das Erkenntniß des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 9. Juni 1856 (Entscheidungen Bd. 33. Seite 296.) das Appellations-Urtel vernichtet und das Erkenntniß erster Instanz durch Abweisung der Klage geändert. Zur **Begründung** dieser Entscheidung ist angeführt:

Das **Vorkaufsrecht**, als ein naturale negotii, sei aus dem, durch den Erbzinsvertrag geschaffenen Rechtsverhältnisse von selbst entstanden und habe nur durch ausdrücklichen Vertrag ausgeschlossen werden können. Die im Erbzinscontracte vom 18. Juli 1795 enthaltene besondere Stipulation des Vorkaufsrechts habe daher nichts geändert und nichts ändern wollen, könne nur dahin ausgelegt werden, daß die Contrahenten dadurch auszudrücken beabsichtigt, wie sie es bei dem Gesetze haben belassen wollen und keine Veranlassung gehabt, das Vorkaufsrecht als bloßes Naturale aufzuheben, habe also neben dem gesetzlichen Vorkaufsrechte keinen Gegenstand. Folglich sei auch kein doppelter Entstehungsgrund vorhanden, indem, was aus dem Gesetze schon entstanden, keines Vertrages bedürfe, um zur Entstehung zu gelangen. Daß die Contrahenten mehrerer Sicherheit wegen die Abrede getroffen, lasse sich nicht annehmen, weil ein vertragsmäßiges Vorkaufsrecht nicht mehr Sicherheit gewähre, als ein gesetzliches, und, weil auch die Contrahenten gar nicht vorauszusehen im Stande gewesen, daß durch das

Gesetz vom 2. März 1850 das fragliche gesetzliche Vorkaufsrecht aufgehoben werden würde. Hiernach sei im §. 4. dieses Gesetzes nur dasjenige vertragsmäßige Vorkaufsrecht bei Kräften gehalten, welches lediglich und allein aus dem Willen der Contrahenten hervorgegangen ist. In der jetzt dem zweiten Senate des Ober-Tribunals zur Entscheidung vorliegenden Sache hat der Besitzer des Ritterguts G., besage des Erbzins-Contracts vom 31. März 1792 und laut des, zwischen Ober- und Unter-Eigenthümer über die Eigenschaft des Erbzinsgutes als solchem, und dessen Beurtheilung nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts getroffenen Abkommens vom 30. September 1831, die Mühle zu G. als Erbzinsgut ausgethan, mit der Bestimmung in §. 4. des Contracts:

jedoch wird bei einem etwaigen Verkaufe dieser Grundstücke dem jedesmaligen Erbzinsherrn das Vorkaufsrecht vorbehalten.

Auf Grund dieser Verabredung hat der Rittergutsbesitzer St., in Ansehung des stattgefundenen Verkaufes der Mühle an die Mühlenbesitzer B.'schen Eheleute, die Retractklage angestellt. Von den Verklagten ist der Einwand der durch das Gesetz vom 2. März 1850 erfolgten Aufhebung des Vorkaufsrechts des Erbzinsherrn erhoben, jedoch im Urtel des Kreisgerichts zu Cöslin vom 12. October 1857 die Verurtheilung der Verklagten erfolgt, dagegen dieses Erkenntniß durch das Appellations-Urtel des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Cöslin vom 21. September 1858 geändert und der Kläger abgewiesen. Das Appellations-Urtel beruht auf denselben Gründen, wie das obige Erkenntniß des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 9. Juli 1856. Der zweite Senat erachtet jedoch die vom Kläger eingewandte Revision gegründet, indem er von

der Ansicht des dritten Senats, welche dessen gedachtem Urtel, sowie auch einem Urtel des zweiten Senats vom 10. März 1857 zum Grunde liegt, abgehen zu müssen erforderlich achtet und der Meinung ist:

daß es bei einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnisse zunächst darauf ankomme, ob die Contrahenten über die außerwesentlichen rechtlichen Folgen etwas verabredet, und erst dann, wenn sie dies unterlassen haben, die gesetzlichen Bestimmungen über die aus dem Vertrage entspringenden rechtlichen Folgen ergänzend eintreten; mithin der Umstand, daß die vertragsmäßige Bestimmung mit der subsidiären Vorschrift des Gesetzes übereinstimmt, dem nicht entgegenstehen könne, den Vertrag als Entstehungsgrund anzusehen. Auch könne, wenn die Vorschrift des §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 in Verbindung mit §. 2. Nr. 6., als zweifelhaft oder dunkel erscheinen sollte, nach der Natur dieses Gesetzes eine Extensiv-Interpretation nicht Platz greifen.

Daher hat der zweite Senat dem Plenum des Ober-Tribunals die Sache zur Entscheidung der Rechtsfrage überwiesen:

ob das Vorkaufsrecht, welches in einem Erbzinsvertrage dem Erbzinsherrn ausdrücklich vorbehalten worden, als ein durch Vertrag begründetes anzusehen und daher nach §. 4. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 in Kraft geblieben?

oder:

ob dasselbe, jener Stipulation ungeachtet, als gesetzliches und deshalb für aufgehoben zu erachten?

Der Beschluß in der Plenar-Sitzung am 5. März 1860 ist für die neuere Meinung ausgefallen und daher vom

Plenum des Ober-Tribunals der in der Ueberschrift vermerkte Rechtsgrundsatz angenommen.

Gründe.

Bei der Verhandlung und Entscheidung der vorgelegten Rechtsfrage ist zunächst die Voraussetzung leitend gewesen: daß in den zur Sprache gebrachten speciellen Fällen das Sachverhältniß dahin als feststehend zu erachten, daß die zum Grunde liegenden Erbzinsverträge eine Verabredung wirklich enthalten, durch welche dem Erbzinsherrn ein Vorkaufsrecht ausdrücklich vorbehalten worden ist. Ferner ist bei der Beschlußnahme die Erwägung maaßgebend geblieben: daß die dem Plenum vorgelegte Frage sich auf die Wirkung der Aufhebung des gesetzlichen Vorkaufsrechts des Erbzinsherrn in Ansehung der neben dem Gesetze erfolgten vertragsmäßigen Stipulirung beschränke. Nicht aber liege zur Entscheidung vor: in wiefern die Aufhebung des erbzinsherrlichen Ober-Eigenthums auf das Vorkaufsrecht wirke, also, ob etwa die Contrahenten das Vorkaufsrecht von der Fortdauer des Ober-Eigenthums haben abhängig machen wollen? Eine Frage, welche nur nach der concreten Lage der betreffenden Sache beurtheilt und entschieden werden könne. —

Die beiden zur Entscheidung gelangten verschiedenen Ansichten lassen sich nun ihrem Wesen nach einander dahin gegenüberstellen:

Trifft ein vertragsmäßig eingeräumtes Vorkaufsrecht mit einem gesetzlich bestehenden in seinem Inhalte zusammen, so geht nach der älteren Meinung das erstere in dem letzteren dergestalt unter, daß mit der Aufhebung des gesetzlichen Grundes das Vorkaufsrecht überhaupt erlischt, während nach der neueren Ansicht in solchem Falle das Vorkaufsrecht auf doppeltem Grunde ruht und nach Wegfall

des gesetzlichen Grundes noch kraft des Vertrages fortzudauern vermag.

Diese neuere Ansicht aber mußte als die richtige anerkannt werden.

Der am Weitesten reichende Entscheidungsgrund liegt in dem allgemeinen Verhältnisse des gehörig geäußerten Privatwillens, der „Willenserklärung", zur gesetzlichen Vorschrift. Durch das ganze Recht nun der gebildeten Welt, insbesondere auch durch das gemeine, in Deutschland geltende und durch das Preußische Recht

(Bornemann, systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, I. S. 118.)

waltet der Satz, daß der Einzelne für sich oder durch Vereinbarung mit Anderen die Rechtsverhältnisse seines Kreises so lange und so weit gültig ordnen dürfe, als nicht eine **lex cogens** ihn hemmt und beschränkt, das Gesetz in absoluter Weise gebietet oder verbietet.

Aber auch in jener, der Selbstbestimmung freigelassenen Sphäre, sorgen die Rechte für Normen, welche als sogenannte **lex dispositiva**

(Savigny im System des heutigen römischen Rechts Band 1. §. 16., nennt sie: „vermittelndes Recht")

bei fehlender Autonomie dem Einzelnen den Kreis seiner Befugnisse und Pflichten zuweisen, welche den Vertrag, den letzten Willen, ergänzen, ausfüllen oder gar vertreten. In diesem letzteren Gebiete also — vorwiegend in dem des Privatrechts — geht der gehörig erklärte Wille des Einzelnen dem Gesetze vor, giebt er die erste entscheidende, zunächst zu befragende Norm. Demnach bricht, auch in diesem Sinne, hier die Willkür das Landrecht. Der Richter hat daher die Verfügung des Testators, die Abrede der

Parteien gegen die vermittelnde Bestimmung des Gesetzes zu beachten.

Wie aber, wenn die Ansicht der Parteien mit jener vermittelnden Bestimmung vollkommen zusammentrifft? Die Betheiligten werden dann gar oft es einfach bei dem Gesetze bewenden lassen. Wer mit dem Erbrecht der **Joachimica** zufrieden ist, wird leicht eine letztwillige Anordnung über seine Erbschaft unterlassen, und der expropriirte Gutsbesitzer sich nicht bemühen, das ihm im Gesetze vom 2. März 1850 zugesicherte Vorkaufsrecht noch besonders gegen den Erwerber sich auszubedingen.

Aber allerdings wird dieses Unterlassen die, vielleicht unerwogene Folge, nach sich ziehen, daß der Betheiligte gegen eine neue, wenn auch nur dispositive Bestimmnng der fortschreitenden Gesetzgebung nicht geschützt ist. Das Stillschweigen der Ehegatten, dem gesetzlichen ehelichen Güterrechte gegenüber, mag zwar dahin gedeutet werden, daß beide mit demselben zufrieden sind. Allein diese beiderseitige Zufriedenheit enthält noch keinen stillschweigenden Vertrag über dieses Güterrecht. Denn dazu würde ja vor Allem der Wille, sich dem Anderen zu diesem Rechte zu verpflichten, gehören.

Gleichwie nun die stillschweigende Unterwerfung Zweier unter das Gesetz noch nicht einen Vertrag der Beiden über den Inhalt der gesetzlichen Bestimmung einschließt, noch nicht der späteren abweichenden Gesetzgebung derogirt, so läßt sich andererseits der wirkliche Vertrag, sollte er auch die bestehende Rechtsnorm genau wiedergeben, nicht zu einem bloßen Ausdruck der Zufriedenheit mit dem Willen des Gesetzgebers herabsetzen. Die näheren Motive einer solchen besonderen Willenserklärung mögen verschiedener Art sein: Unkenntniß der gesetzlichen Vorschrift, Zweifel über den

Sinn bei dunkelen controversen Bestimmungen, Besorgniß vor einem Wechsel der allgemeinen Norm, möge er durch Aenderung der heimischen Gesetzgebung oder durch Versetzung der Parteien in das Gebiet eines anderen Rechts bewirkt werden, endlich die hergebrachte Form gewisser Verträge. Der Erfolg aber ist stets derselbe. Der Berechtigte gewinnt für seine Befugniß zu dem Willen des Gesetzgebers auch noch den des Verpflichteten. Er hat nun einen doppelten Rechtstitel, und zwar tritt unter diesen Titeln, nach der nur ergänzenden, ausfüllenden Natur des vermittelnden Rechts, der Vertragswille voran. Immerhin aber bewirkt die Selbstständigkeit des letzteren, daß der Verpflichtete dem Berechtigten gebunden bleibt, sollte gleich die gesetzliche Bestimmung hinwegfallen. Der Berechtigte genießt den Lohn dessen qui vigilavit, meliorem suam conditionem fecit (l. 24. D. quae in fraudem cred. XLII. 8.).

Das allgemeine Verhalten also des Privatwillens zu einer nur dispositiven Rechtsregel würde für die vorliegende Frage dahin führen, daß, wenn in einem Erbzinscontracte der Erbzinsherr, welchem gesetzlich der Vorkauf an dem Erbzinsgute gebührt, sich den Vorkauf noch ausdrücklich vorbehält, die Aufhebung des gesetzlichen Vorkaufes, sobald nur kein Verbot sie begleitet, doch den Vertrag fortwirken lasse.

Die Gründe des Urtels vom 9. Juni 1856 (Entscheidungen Band 33., S. 297.), welche oben schon näher erwähnt sind, gelangen zu einem anderen Ergebnisse.

In der ihnen zum Grunde liegenden Ausführung erscheint jedoch nur richtig, daß das gesetzliche Vorkaufsrecht durch den Vertrag keinen neuen Umfang erhalten habe. Die daraus gezogenen Folgerungen aber rechtfertigen sich nicht. Sie verkennen, daß der Erbzinsherr für diesen Um-

fang eine zweite, selbstständige, weiter reichende Grundlage erlangte, zu dem veränderlichen, der Mitwirkung des Erbzinsherrn entzogenen, Willen des Gesetzgebers noch das Band aus der vom Erbzinsmanne übernommenen Verpflichtung gewann, welches im Allgemeinen nur der Erbzinsherr selber lösen konnte. Es ist daher unerfindlich, daß die Stipulation nach ihrem Wortverstande eine überflüssige, eine nutzlose gewesen wäre. Die Deutung aber, welche der Stipulation dieses Nichtssagende benehmen soll: sie spreche aus, daß die Contrahenten keinen Anlaß gefunden, das Vorkaufsrecht auszuschließen, — erscheint nicht minder verfehlt. Erklären doch die Gründe der Entscheidung selber, dieser Deutung ungeachtet, weiterhin die Stipulation sei gegenstands- und gehaltlos. Und in der That wäre eine, jener Deutung entsprechende Bemerkung der Contrahenten: die gesetzliche Bestimmung des Vorkaufsrechts hat unseren ganzen Beifall, wir belassen es bei ihr, doch nur so lange, als sie dem Gesetzgeber gefällt, — die überflüssigste von der Welt und nur bei ganz ausdrücklicher Erklärung in diesem Sinne zu fassen.

Der einfache, natürliche, den Worten entsprechende Sinn einer Stipulation der vorliegenden Art ist vielmehr: wir wollen, daß das Vorkaufsrecht bestehe. Und ihre Wirkung ist, ohne Rücksicht auf die verschiedenartigen oben berührten Motive, daß der vertragsmäßige Wille nur in der Weise, wie überhaupt ein Vertrag seine Auflösung finde, mithin nicht durch ein Gesetz, welches die Gültigkeit desselben zuläßt.

Das Argument: das Vorkaufsrecht habe in einem Falle vorliegender Art seine Entstehung nicht in dem Vertrage, sein rechtlicher Grund liege vielmehr in dem vertragsmäßig constituirten Rechtsgeschäfte, an welches schon das Gesetz das Vorkaufsrecht geknüpft habe, — geht in doppelter

Weise fehl. Warum soll zunächst ein Rechtsverhältniß nicht auf zwiefachem selbstständigem Grunde ruhen können? Sodann aber, wenn wirklich hier nur ein Grund zulässig wäre, wenn das Vorkaufsrecht nur entweder als gesetzliches oder als vertragsmäßiges gelten dürfte, so müßte ja nach jener nur ergänzenden subsidiären Natur einer vermittelnden Vorschrift der Vertrag auch in dieser Beziehung vorangehen, die gesetzliche Bestimmung aber zurücktreten.

Endlich ist auch der Weise nicht beizustimmen, in welcher die Gründe die Ansicht des Appellations-Richters: der Vertrag habe dem Vorkaufsrecht eine besondere Sicherheit gewähren sollen, — zu beseitigen suchen. Allerdings konnten die Contrahenten nicht voraussetzen, daß wirklich einige und 50 Jahre später, ja, ob jemals das gesetzliche Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn aufgehoben werden würde; aber das schloß doch nicht aus, daß sie an die Möglichkeit einer solchen Aufhebung dachten, und mehr bedurfte es ja nicht, damit sie außer dem Gesetze noch eine andere Sicherheit suchten. Und wie könnte die Gültigkeit des Vertrages von der durchaus schwankenden Erwägung abhängig gemacht werden, ob die Contrahenten berechtigt gewesen, eine Aenderung der Gesetzgebung zu erwarten oder nicht. —

Die bisherige Prüfung der Argumentation der früheren Entscheidung trifft bemerkter Weise das Verhältniß der Willenserklärungen zu den vermittelnden Rechtsvorschriften überhaupt. Ihr zufolge würde, wenn Ehepacten Märkischer Ehegatten den Inhalt der Joachimica in sich aufnehmen, diese Bestimmung für überflüssig, gegenstandlos und dergestalt wirkungslos erachtet werden müssen, daß, wenn später die Ehegatten unter eine andere Gesetzgebung träten, sie sich auch auf ihren Vertrag nicht würden gründen dürfen. Der Inhalt eines Vertrages würde durch

seine Uebereinstimmung mit der gesetzlichen Vorschrift nicht nur nicht gewinnen, sondern geradezu leiden, der doppelte Strang weniger halten als der einfache.

Eine besondere Stütze für seine Ansicht findet das frühere Urtel noch in der Fassung des Gesetzes vom 2. März 1850. S. 300. a. a. O. heißt es:

> In den §§. 2. und 4. dieses Gesetzes ist das unmittelbar aus dem Gesetze entstandene Vorkaufsrecht sehr bestimmt demjenigen Vorkaufsrechte entgegenstellt, welches durch Vertrag und letztwillige Verfüngungen, folglich durch Willenserklärung begründet ist. Nur von dem letzteren Vorkaufsrechte ist im §. 4. die Rede; es ist sonach nur dasjenige Vorkaufsrecht in Kraft erhalten, welches lediglich und allein aus dem Willen der Contrahenten hervorgegangen ist. Von einem solchen Vorkaufsrechte aber handelt es sich in dem vorliegenden Falle nicht, und es kann eben deshalb der §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 hierauf nicht angewendet werden.

Diese Auslegung des Gesetzes ist aber nicht zu rechtfertigen, wenn man auch nicht eine restrictive Interpretation desselben als geboten annehmen wollte.

Freilich scheidet schon das A. L. R. Thl. I. Tit. 20., §§. 569., 573. das Vorkaufsrecht, jenachdem es einerseits durch Vertrag und letzten Willen, andererseits unmittelbar aus dem Gesetze entspringt; allein doch nicht anomaler Weise in dem Sinne und mit der Wirkung, daß für ein concretes Vorkaufsrecht nicht ein mehrfacher Titel vorhanden sein könnte, daß der eine Grund nothwendig den anderen ausschlösse, ihn hinfällig machte.

Im Agrargesetze nun erwähnt der §. 2. Nr. 6., der die Vorkaufs-, Näher- und Retract-Rechte an Immobilien, mit Ausnahme der im §. 4. aufgeführten, aufhebt, dieser

Scheidung gar nicht. Ebensowenig der §. 4. Absatz 1., wonach das durch Verträge oder letzten Willen begründete Vorkaufsrecht, das Vorkaufsrecht der Miteigenthümer und der Miterben in Kraft bleiben. Der Absatz 2. endlich des §. 4. schafft ein neues „gesetzliches Vorkaufsrecht" das des Expropriirten. Er setzt also allerdings den Begriff eines solchen und damit die Scheidung von dem autonomischen Vorkaufsrechte voraus, legt ihr aber im Geringsten nicht jenen absonderlichen Sinn bei. Es fehlt also jeder Anlaß zu der Auffassung: daß, wenn das Gesetz von 1850 das Vorkaufsrecht aus Vertrag oder letzten Willen aufrecht erhalte, so meine es nur ein solches, welches lediglich und allein aus dem Willen der Contrahenten hervorgeht.

Diese in sich nicht begründete Auffassung erscheint aber auch wegen der weiteren Consequenzen nicht geeignet.

Hat nämlich das Gesetz vom 2. März 1850 die gesetzlichen Vorkaufsrechte (mit Ausnahme der des Miteigenthümers, Miterben, Expropriirten) dergestalt aufgehoben, daß auch ein darauf gerichteter Vertrag sie nicht aufrecht zu erhalten vermochte, so hat es die Gunst, welche das frühere Recht gewissen Beziehungen zu einer Sache dadurch erwies, daß es ihnen ein Vorkaufsrecht beilegte, nicht nur zurückgezogen, sondern in eine positive Ungunst verwandelt. Das Vorkaufsrecht, welches der zu Erbzinsrecht verleihende Eigenthümer sich vorbehielt, ist null, während das bei voller Veräußerung vorbehaltene oder von einem Dritten ausbedungene Vorkaufsrecht in Kraft bleibt.

Ferner: wenn nach jener Auffassung das Agrargesetz hinsichtlich der aufgehobenen Vorkaufsrechte für die Vergangenheit zu einer lex cogens wird, auch die darauf gerichtete Willenserklärung unterdrückt, so muß folgerecht diese absolute Natur des Gesetzes auch für die Zukunft

gelten, muß ein Vorkaufsrecht der aufgehobenen gesetzlichen Art fortan nicht durch Vertrag begründet werden können. Also während auch noch nach dem Edicte vom 9. October 1807 der Besitzer eines, das andere umschließenden oder mit ihm vermengt liegenden, Grundstückes ein Vorkaufsrecht an dem anderen Gute genoß, soll nun zwar ein Fremder sich den Vorkauf an dem umschlossenen Gute vorbehalten dürfen, aber nicht der umschließende Nachbar. Ueberhaupt: jedermann konnte und kann sich ein Vorkaufsrecht constituiren lassen, doch nur gewisse Personen, denen an solchem Vorkaufsrecht besonders gelegen ist, durften und dürfen es nicht.

Die Seltsamkeit dieser weiteren Folgerungen steht daher der obigen Deutung des Gesetzes gleichfalls entgegen.

Es bildet folglich auch für das Vorkaufsrecht ein mit dem Inhalte der gesetzlichen Bestimmung zusammentreffender Vertrag, der Regel nach, einen selbstständigen Titel, der jenen Inhalt auch beim Wechsel der Gesetzgebung aufrecht zu erhalten vermag. Und die das Vorkaufsrecht betreffenden Bestimmungen des Agrargesetzes vom 2. März 1850 thun dieser Regel keinen Abbruch.

№ 1.

Oertliche Grenzen der Herrschaft des Gesetzes.

Ueber die Frage: ob und in wie weit die preußischen Gesetze, insbesondere die §§. 1496., 1913. 1914., 1525. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R., entscheidend sind, wenn der Capitain des, einem frem-

den Staate angehörigen Schiffes, auf offener See segelnd, den Zusammenstoß mit einem unter Segel befindlichen preußischen Schiffe und dadurch dessen Untergang verschuldet hat, demnächst aber derselbe, in einem preußischen Hafen angelangt, hier auf Ersatz des angerichteten Schadens aus seinem Vermögen, aus dem von ihm geführten, mit Arrest belegten Schiffe und aus dessen Frachtgeldern in rechtlichen Anspruch genommen worden ist?

A. L. R. Einleitung: §§. 1., 22., 34. u. 35. u. Thl. II. Tit. 8. §§. 1496., 1913., 1914., 1525.

Am 13. Januar 1855, zur Nachtzeit zwischen 10 und 12 Uhr, stießen auf der Ostsee, sechs Meilen östlich von der Insel Bornholm, das preußische Sloopschiff „Julius", dessen Eigenthümer der Capitain D. zu Swinemünde, und die vom Capitain H. aus H. in England geführte, dem dasigen Makler S. gehörige, englische Brigg „Columbus" Bug an Bug zusammen. Die preußische Sloop Julius ist, was unangefochten festgestellt worden, alsbald, unmittelbar in Folge dieses Ereignisses, untergegangen, die Mannschaft derselben an Bord des Columbus gelangt, der Letztere sodann, weil er den Sund nicht erreichen konnte, nach drei Tagen im Hafen zu Swinemünde eingelaufen, und vom dasigen Gericht auf Antrag des D., wegen der Ansprüche auf Ersatz des durch die Ansegelung verursachten Schadens mit Arrest belegt worden. Capitain D. hat demnächst in einer gegen den genannten Capitain des Columbus bei dem Gericht zu Swinemünde, als dem Gerichtsstande des Arrestes, angebrachten Klage beantragt:

den Verklagten bei Vermeidung der Execution in sein eigenes Vermögen, in das Schiff Columbus und in dessen Frachtgelder, zum Ersatz des ganzen durch den Untergang des Schiffs Julius entstandenen, im Separat-Verfahren zu ermittelnden, Schadens zu verurtheilen.

Zur Begründung dieses Anspruchs ist vom Kläger, unter Verweisung auf die eidliche Verklarung der Mannschaft des Julius d. d. 17. Januar 1855, behauptet worden, daß Verklagter durch sein grobes Versehen den Zusammenstoß herbeigeführt habe, indem auf seinem Schiff, der Vorschrift des §. 1496. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. entgegen, die Nachtleuchte, ungeachtet der damaligen großen Finsterniß, nicht aufgesteckt gewesen, während die Leuchte auf dem Julius angeordnetermaaßen gebrannt habe, und dessen Mannschaft, welche aufmerksame Wache gehalten, bei diesem Unglück keine Schuld treffe. Um des Verklagten und des Schiffes Columbus Haftbarkeit für den angerichteten Schaden zu rechtfertigen, wurde in der Klage auf die §§. 1913., 1914. a. a. O. Bezug genommen.

Verklagter hat neben verschiedenen, die in der vorstehenden Ueberschrift angeregte Frage nicht berührenden Einwendungen, bestritten, daß für ihn, als Engländer und Capitain eines englischen Schiffes, die Vorschrift des §. 1496. a. a. O. verbindliche Kraft habe, und daß von ihm durch den Nichtgebrauch der Nachtleuchte seine Pflichten in irgend einer Weise vernachlässigt worden seien, indem die englischen Gesetze deren Führung auf offener See nicht anordnen, dieselbe nur in Revieren ausgehangen werden solle. Das auf dem Julius angeblich stattgehabte Brennen der Leuchte hat Verklagter nicht zugestanden, eventualiter entgegnet, es sei dieselbe nicht hoch genug angebracht, auch überhaupt wegen des dichten Nebels und der Dunkelheit nicht zu sehen

gewesen, weshalb der Julius von ihm nicht habe wahrgenommen werden können, und das unterbliebene Aufhissen der Leuchte auf dem Columbus den Zusammenstoß der Schiffe nicht veranlaßt habe.

Er hat ferner noch erinnert, es könne in diesem Processe über die Haftbarkeit des Schiffs Columbus und dessen Frachtgelder ohne Zuziehung des Schiffseigner S. nicht entschieden werden.

Auf Antrag des Klägers ist durch Vermittelung des Königlichen Preußischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten ein mittelst Note Lord Clarendon's zugefertigter englischer Admiralitäts-Erlaß nebst Auszug aus dem englischen Schifffahrts-Gesetze von 1854 (17 et 18 Victoria Cap. 104.) zu den Acten gebracht worden, um dadurch die dem Verklagten auch durch die englischen Gesetze auferlegte Pflicht zum Zeigen der Leuchte während der Nachtzeit auf offener See, darzuthun.

Durch die übereinstimmenden Erkenntnisse der Kreisgerichts-Deputation zu Swinemünde und des Appellations-Gerichts zu Stettin ist darauf Verklagter in erster und zweiter Instanz nach dem Klageantrage verurtheilt worden.

Der, von demselben im Wege der Richtigkeits-Beschwerde angefochtenen Entscheidung des Appellations-Richters, sind die, als vollständig ermittelt angenommenen, in dritter Instanz nicht weiter bestrittenen, Thatsachen zu Grunde gelegt: daß vom Verklagten in der Nacht vom 13. zum 14. Januar 1855, in welcher die Ansegelung der Schiffe erfolgte, auf dem Columbus eine Leuchte nicht gezeigt worden, eine solche dagegen auf dem Julius ausgehangen habe, und daß dem Capitain des Letzteren keinerlei Verschuldung bei diesem Vorfall nachgewiesen sei. Hieraus,

in Verbindung mit der Vorschrift des §. 1496. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R., nach welcher jeder Schiffsführer bei eigener Vertretung zur Nachtzeit die Schiffsleuchte aufstecken soll, ferner aus §. 25. Tit. 6. Thl. I. ibid. hat der vorige Richter entnommen, daß jenes Ereigniß, welches unmittelbar den Verlust des Julius bewirkt hat, lediglich auf grobem Versehen des Verklagten beruhe, und weiter ist hieraus, bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Anordnungen des beigebrachten englischen Admiralitäts-Erlasses, unter Anwendung der §§. 1913., 1914., 1525. a. a. O., des Verklagten Verbindlichkeit zum Ersatz des aus dem Zusammenstoß dem Kläger erwachsenen Schadens, sowie die Haftbarkeit des Schiffs Columbus und der Frachtgelder desselben abgeleitet, insbesondere ausgeführt worden, daß zur Feststellung der letzteren die Klage nach §. 1525. a. a. O. gegen den Schiffs-Capitain allein habe gerichtet werden können.

Die Nichtigkeits-Beschwerde hat hiergegen geltend zu machen gesucht, es sei die stattgehabte Anwendung der preußischen Gesetze in diesem Falle eine ganz unberechtigte. Das Allg. Preuß. Landrecht könne für diesen Proceß in keiner Beziehung maaßgebend sein, da der Zusammenstoß der beiden Schiffe nicht auf preußischem Staatsgebiete vorgekommen, Verklagter, wie schon in erster Instanz hervorgehoben worden, nicht preußischer, sondern englischer Unterthan und das von ihm geführte Schiff kein preußisches, sondern ein englisches sei. Deshalb — weil der Streit den inländischen Gesetzen nicht unterzuordnen sei — habe der Appellations-Richter durch Anwendung der §§. 1496., 1913., 1914., 1525. a. a. O. diese Vorschriften verletzt.

Durch Erkenntniß des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 25. October 1859 ist die Nichtigkeits-Beschwerde

des Verklagten zurückgewiesen worden. Es lauten die auf diese Rüge Bezug habenden

Gründe:

Dieser Angriff des Imploranten ist nicht geeignet, den Antrag auf Vernichtung des zweiten Erkenntnisses zu rechtfertigen. Können auch die preußischen Gesetze nicht entscheidend sein bei der Beurtheilung, ob Verklagter die ihm zur Vermeidung von Ansegelungen zur Pflicht gemachte Vorsicht in der Führung des englischen Segelschiffs Columbus verabsäumt, und dadurch den Unglücksfall verursacht habe, so hat der vorige Richter in dieser Hinsicht seinem Spruch doch auch die englische Gesetzgebung unterbreitet, und sich zugleich auf den mittelst Note Lord Clarendon's dem preußischen Gesandten zu London und sodann durch das Königliche Preußische Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten dem Proceßgericht zugefertigten, auf das englische Schifffahrtsgesetz von 1854 (17 et 18 Victoria Cap. 104.) gestützten, englischen Admiralitäts-Erlaß berufen, nach welchem dem Verklagten ebenfalls obgelegen, zur Vermeidung der Regreßpflicht das zu thun, was er in jener Nacht unterlassen hat, nämlich die Schiffsleuchte zu zeigen. Der Appellations-Richter hat demnächst weiter dargelegt, daß hiernach gleichfalls beim Untergang des Schiffs Julius, in Folge des Zusammenstoßes mit dem Columbus, ein grobes Versehen des Verklagten vorgewaltet, dieser also, wie schon der erste Richter mit Bestimmtheit und, abgesehen von der rechtlichen Präsumtion des §. 25. Thl. I. Tit. 6. des A. L. R. thatsächlich festgestellt, die Ansegelung durch Nichtbefolgung jener Vorsichtsmaaßregel verschuldet habe.

Unzweifelhaft war, wenn gleich die Nichtigkeits-Beschwerde den Beweis vermißt, welches ausländische Recht

für diesen Rechtsstreit überhaupt normativ sei, bei der Prüfung, ob Verklagter, indem er als Capitain eines englischen Schiffs zur Nachtzeit ohne Leuchte fuhr, und sich dabei dem verunglückten Schiffe näherte, seine Obliegenheiten, also die seinem Geschäfte schuldige Aufmerksamkeit, vernachlässigt hat? auf jene Anordnung der englischen Gesetzgebung zurückzugehen. Der Fall hat sich in der Ostsee im offenen Wasser zugetragen, woselbst sich die Herrschaft eines bestimmten Staates und dessen positives Recht nicht anerkennen läßt —

cfr. Martens, Völkerrecht §. 35.

Meno Pöhl's Seerecht im III. Bande seines Handelsrechts S. 983., 987., 988., 994.

Kaltenborn's Seerecht Bd. 2. S. 340—345,

daher hier von den Gesetzen des Orts der That nicht die Rede sein kann. Demgemäß mußte Verklagter sein Verhalten daselbst zum Zwecke der Vermeidung von Unglücksfällen und Collisionen mit anderen Schiffen jedenfalls, nach den Vorschriften desjenigen Staates einrichten, welchem er mit dem ihm anvertrauten Schiffe angehört. Die Beobachtung derselben ist ihm als eine Pflicht auferlegt worden. Auf dieses Verhalten im freien Wasser muß sich, wie auch Kaltenborn S. 348. a. a. O. vermeint, die Staatsgewalt über die eigenen Schiffe erstrecken, und es ist dieses Princip in England, wie in Preußen festgehalten worden, was sich namentlich aus dem hier einschlagenden englischen Admiralitäts-Erlasse und dem §. 1496. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. ergiebt. Demnach ist bei Beantwortung der obigen Frage mit Recht die englische Gesetzgebung, insbesondere der genannte Admiralitäts-Erlaß, berücksichtigt worden, welcher, in Verbindung mit dem Schifffahrtsgesetze von 1854, den Gebrauch der Nachtleuchte bei Strafe ver-

langt, und denselben zugleich als einen bei den vornehmsten **Seemächten** bestehenden bezeichnet.

Hiernach ist es in keiner Weise begründet, wenn die Nichtigkeits-Beschwerde darüber klagt, daß der vorige Richter nur durch eine den Principien über die örtlichen Grenzen der Herrschaft der Gesetze entgegenlaufende Anwendung der §§. 1496. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. und §. 25. Tit. 6. Thl. I. daselbst zu dem angefochtenen Ausspruch, insbesondere zur Annahme eines dem Verklagten bei dem unglücklichen Ereigniß zur Last fallenden groben Versehens, gelangt sei.

Was ferner die der ergangenen Verurtheilung zum Vorwurf gemachte Verletzung der für die Schadensersatzpflicht und die Passiv-Legitimation maaßgebend gewesenen §§. 1913., 1914., 1525. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. anbetrifft, so ist dieselbe vom Imploranten lediglich darin gefunden worden, daß überhaupt, auch in dieser Beziehung, die preußischen landrechtlichen, am Orte des Proceßgerichts gültigen, Gesetze zur Richtschnur gedient haben.

Dieser Beschwerde konnte eben so wenig Erfolg beigemessen werden.

Nach dem Präjudiz des Ober-Tribunals vom 5. August 1843 Nr. 1321. (Präj.-Samml. Bd. I. S. 19.) soll zwar die Vergütung des durch unerlaubte Handlung angerichteten Schadens nach den Gesetzen des Ortes regulirt werden, an welchem sich die Beschädigung zugetragen hat. Hieraus kann jedoch im jetzigen Rechtsstreite schon um deswillen, weil sich die Letztere an einem außerhalb eines bestimmten Staatsgebiets befindlichen Orte ereignet hat, auf die Anwendbarkeit irgend eines positiven Rechts, folgeweise auf die Unanwendbarkeit des Preuß. Allg. Landr., kein Schluß gezogen werden.

Läßt sich auch der Satz nicht als Regel aufstellen, daß die Gesetze, nach welchen streitige Rechtsverhältnisse zu beurtheilen, davon abhängen, bei welchem Gerichte dieselben zur processualischen Erörterung gebracht worden, indem sich der Richter nach den Gesetzen seines Landes zu richten habe, so kann derselbe doch nicht unbedingt und unter allen Umständen verworfen werden und es ist ihm gerade in diesem Streitfalle, soweit es auf die Festsetzung der aus der Beschädigung erwachsenen Verbindlichkeiten ankommt, Geltung einzuräumen. Savigny in seinem System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8. S. 261., 269., 275., 276., 278., sieht überhaupt bei den aus Delicten hergeleiteten Obligationen vom Sitz derselben und von dem örtlichen Recht daselbst gänzlich ab, und erachtet bei Beantwortung der Frage, ob und welche Verbindlichkeit bei einer außerhalb des Vertrages beschädigenden Handlung entstanden, lediglich das am Orte der Klage bestehende Gesetz für entscheidend, indem eine Gemeinschaft des Rechts unter verschiedenen Staaten, welche sonst bei Beurtheilung der dieselben berührenden Rechtsverhältnisse angenommen werde, in jenen Fällen in sofern ausgeschlossen bleiben müsse, als den für die Obligationen aus solchen Beschädigungen gegebenen Vorschriften absolut gebietende Natur beiwohne, woraus sich die Unanwendbarkeit eines fremden Gesetzes ergebe. Wollte man nun auch einen solchen Charakter der auf die Delicts-Obligationen Bezug habenden Gesetze nicht allgemein anerkennen, so bleibt doch in Ermangelung eines über den Ort der unerlaubten Handlung sich erstreckenden positiven Rechts, welchem der Beschädiger sich nothwendiger Weise unterwerfen müßte, nichts weiter übrig, als die Befugniß des Beschädigten nach den Gesetzen des Orts abzumessen, an welchem er seine Gerechtsame im Proceßwege

verfolgt, und für jenen einen Gerichtsstand zu begründen vermag; denn ein Band, durch welches ein solches Rechtsverhältniß an das Rechtsgebiet geknüpft wird, in welchem der Wohnort des Beschädigers oder des Beschädigten gelegen, ist nicht erfindlich.

War schon hiernach die Entscheidung, ob und welche Verbindlichkeiten aus dem fahrlässigen, dem Gegner nachtheilig gewordenen, Verhalten des Verklagten, für diesen und das von ihm verwaltete Schiffsvermögen erzeugt worden, aus dem am Ort des Proceßgerichts geltenden Preuß. Allg. Landr. zu schöpfen, so spricht dafür auch noch besonders die absolut verbindende Natur der daselbst §§. 1911. bis 1914. Thl. II. Tit. 8. enthaltenen Bestimmungen, welche die Vergütung der durch zufälliges oder schuldbares Ansegeln oder Zusammenstoßen der Schiffe entstandenen Schäden behandeln. Dieselben haben nicht bloß Vorfälle dieser Art in preußischen Häfen oder Gewässern, sondern, wie §§. 1931., 1932. l. c. lehren, alle dergleichen auf offener See, außerhalb eines Staatsgebiets, vorkommenden Ereignisse zum Gegenstande. Nach ihrer allgemeinen Fassung betreffen sie alle Schiffe und Schiffer, ohne Unterschied, ob sie dem preußischen oder einem anderen Staate angehören, so daß sie nach dem Willen des Gesetzgebers in allen, in hiesigen Landen unter der Herrschaft des Landrechts anhängig gewordenen, Processen unbedingt mit Ausschluß jedes fremden Rechts normiren sollen. Es ist nicht recht denkbar, daß die angezogenen Vorschriften lediglich das Aneinandergerathen preußischer Schiffe auf offener See vorausgesetzt haben, oder daß beabsichtigt worden, es solle im Falle der Betheiligung eines preußischen und eines auswärtigen Schiffs nur das Letztere gegen das Erstere und dessen Schiffer die preußischen Gesetze anzurufen berechtigt, rücksichtlich seiner Leistungen aber dem ihm

vielleicht günstigeren Rechte seines Landes unterworfen sein. Die Anordnung insbesondere, nach welcher der inculpirte Schiffer allen Schaden zu ersetzen hat, befindet sich überdies mit den allgemeinsten Rechtsgrundsätzen dergestalt im Einklange, daß dieselbe, wie Pöhl a. a. O. S. 797. bis 816. bezeugt, in allen bekannten Particular-Seerechten besteht. Auch die Haftbarkeit des Schiffes selbst, sowie die Schadens-Repartition beim Ansegeln, enthält keine durchaus singuläre Vorschrift, stimmt vielmehr mit auswärtigen Gesetzgebungen überein. — cfr. Pöhl a. a. O. S. 803., 806., 807. und Kaltenborn's Seerecht Thl. II. S. 14. —

Ob im vorliegenden Processe die Haftbarkeit des, dem Makler S. nach dem Einverständnisse beider Theile gehörigen Schiffes Columbus, dem Verklagten gegenüber festgestellt werden konnte, und die bei der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz bemängelte Passiv-Legitimation für berichtigt anzusehen gewesen, mußte gleichfalls nach dem preußischen Rechte beurtheilt werden. Des Verklagten Befugniß und Verpflichtung, als Capitain des Schiffs, dessen, und resp. des Rheders Gerechtsame wahrzunehmen, hängt von den rechtlichen Wirkungen des zwischen ihm und dem Rheder bestehenden Mandats-Verhältnisses ab. Diese müssen aber nach den Gesetzen des Landes erwogen werden, in welchem die Vornahme von Geschäften in Betreff des Schiffes erfolgen muß; denn nach der Natur des dem Capitain, magister navis, ertheilten umfassenden Verwaltungsauftrags, muß derselbe überall, wo sich das Schiff befindet, in Ausführung gebracht und wirksam werden. Die Absicht des Rheders und Schiffers kann nur dahin gehen, daß der Letztere überall dasjenige zu besorgen ermächtigt und verbunden sein soll, wozu er als solcher nach den Gesetzen des Orts berechtigt ist, an welchem das Schiff gerade sein Ver-

bleiben hat und Verwaltungsacte erforderlich sind. Niemand würde daselbst mit Sicherheit ein Geschäft wegen des Schiffs mit dem Capitain eingehen können, wenn in Betreff der Befugnisse desselben auf andere Bestimmungen, auf die dort nicht bekannten Gesetze seines oder des Rheders oft weit entfernten Wohnorts, gesehen werden sollte. Dergleichen Principien würden auf Handel und Schifffahrtsverkehr störend einwirken. Bei der Frage nach der Passiv-Legitimation des Capitains in den das Schiff berührenden Arresten und Prozessen muß daher lediglich die **lex fori** durchgreifend sein.

Wenn die Richtigkeits-Beschwerde zur Darlegung der Unanwendbarkeit der Preußischen Gesetze auf den gegenwärtigen Rechtsstreit, sich auf die §§. 1., 22., 34., 35. der Einleitung zum Allg. Landrecht berufen, so erscheint diese Argumentation nicht zutreffend, und es kann die behauptete Verletzung derselben, durch deren Nichtbeachtung, nicht zugegeben werden. Die diesfälligen Bestimmungen, daß nämlich das Preußische Allg. Landrecht die Einwohner des Staats verbinde, die daselbst aufgenommene Lehre von den Personal- und Realstatuten, und die in dieser Hinsicht ausgesprochene Rechtsgleichheit der Einheimischen und Fremden, liefern keinen Beweis dafür, daß die Letzteren in ihren Rechtsangelegenheiten vor diesseitigen Gerichten unter keinerlei Umständen den Preußischen Gesetzen unterworfen sein können. —

Die Richtigkeits-Beschwerde ist daher zurückzuweisen gewesen.

№ 2.

Begrenzung der Anwendbarkeit des Statutarrechts.

Ist mit der Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes auch diejenige Vorschrift für aufgehoben zu halten, nach welcher Eximirte den Statutarrechten nicht unterworfen sind?

A. L. R. Einleitung, §. 23. Thl. II. Tit. 1. §. 346., Tit. 8. §. 6.

Verordnung vom 2. Januar 1849 (Ges.-Samml. S. 1.) §§. 9. u. 15.

Der im Jahre 1856 in Lüdenscheid als Cataster-Beamter angestellte J. H. P. heirathete daselbst im Jahre 1857 die Marie M., Schwester des Klägers. Dieselbe starb bereits im November 1857 kinderlos und ohne Testament, mit Hinterlassung ihres Ehemannes und sieben vollbürtiger Geschwister. Nach einem gerichtlichen Erben-Legitimations-Atteste sollte die Erblasserin nach dem dort geltenden statutarischen Erbrechte von ihrem Ehemanne, dem Verklagten, allein beerbt sein, was aber der Kläger insbesondere deshalb bestritt, weil das Statut auf den Verklagten, als Eximirten, keine Anwendung finde und nach dem in Anwendung kommenden Cleve-Märkischen Provinzialrechte die Erblasserin ausschließlich von ihren Geschwistern beerbt worden sei. Er verlangte daher die Verurtheilung des Verklagten:

des Klägers Erbrecht zu einem Siebentel an dem Nachlasse der gedachten Schwester anzuerkennen und deren Nachlaß an die sämmtlichen Geschwister derselben heraus zu geben.

Das Kreisgericht zu Lüdenscheid wies ihn aber, dem Antrage des Verklagten gemäß, mit dieser Klage ab, weil es die bisherige Ausschließung der Eximirten vom Statutarrecht durch die Verordnung vom 2. Januar 1849 für aufgehoben und daher das Statut auch auf den Verklagten für anwendbar erachtete.

Das Appellations-Gericht zu Hamm verurtheilte hingegen, auf die Appellation des Klägers, den Verklagten, auf den es, als Eximirten, das Statut für nicht anwendbar hielt, am 16. Juni 1859 nach dem Klageantrage, und die hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde des Verklagten hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 23. Januar 1860 zurückgewiesen.

G r ü n d e.

Der Implorant macht dem Kläger, als dem leiblichen Bruder der Marie geborenen M., der Ehefrau des Imploranten, gegenüber, Anspruch auf den ganzen Nachlaß dieser seiner im Jahre 1857 in Lüdenscheid kinderlos und ohne letzte Willensordnung verstorbenen Ehefrau, mit welcher er eben daselbst, wo er seit dem Jahre 1856 als Cataster-Controleur angestellt war, im Jahre 1857, ohne die Gütergemeinschaft auszuschließen, sich verheirathet hatte. Er gründet diesen, dem behaupteten Intestaterbrechte des Klägers und seiner Geschwister entgegengesetzten, Anspruch, auf das in der Stadt Lüdenscheid geltende Statutarrecht, nach welchem bei bestandener Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte den kinderlos verstorbenen Ehegatten, in Ermangelung abweichender Verträge oder letzter Willens-

ordnungen, mit Ausschließung aller Verwandten desselben, allein beerbt.

Der Appellations=Richter hat jedoch angenommen, daß dieses Statut auf den Verklagten keine Anwendung finde, und deshalb nach dem Antrage des Klägers erkannt, indem er ausführt, daß der Verklagte nicht allein vor Erlassung der Verordnung vom 2. Januar 1849, als Eximirter, dem gedachten Statut, zufolge des §. 6. Thl. II. Tit. 8. und des §. 346. Thl. II. Tit. 1. A. L. R., nicht unterworfen gewesen sein würde, sondern daß auch durch die Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes durch die Verordnung vom 2. Januar 1849 nach den §§. 9. und 15. daselbst in dieser Hinsicht keine Aenderung bewirkt worden sei.

Der Implorant behauptet hiergegen:

1) der Appellations=Richter verletze die §§. 9. u. 15. der Verordnung vom 2. Januar 1849, sowie den §. 346. Tit. 1. und §. 6. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. Denn durch den §. 9. der Verordnung vom 2. Januar 1849 sei der eximirte Gerichtsstand vollständig aufgehoben und dadurch seien die allegirten Bestimmungen des Landrechts, wonach Eximirte den Statutargesetzen nicht unterworfen seien, beseitigt. Es gebe keine Eximirte mehr, auf welche die Ausnahmebestimmung Anwendung finden könnte. Der §. 15. derselben Verordnung dürfe über seinen Wortlaut nicht ausgedehnt werden; derselbe enthalte nur eine Uebergangsbestimmung, welche den Zweck habe, die materiellen Folgen der Exemtion denjenigen Personen zu conserviren, welche zur Zeit der Emanation des neuen Gesetzes auf jene Wirkungen der Exemtion bereits einen erworbenen Anspruch gehabt hätten. Mit der Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes sei auch — was den Grund des Gesetzes betreffe — jede Veranlassung fortgefallen, künftighin und abgesehen

von dem billigen Schutze bereits bestehender Verhältnisse noch eine Unterscheidung in Bezug auf die Anwendbarkeit der bestehenden Gesetze **quoad personas** eintreten zu lassen.

Diese Ansicht, auf welcher auch die dem Verklagten günstige Entscheidung erster Instanz beruhet, muß jedoch mit dem Appellations-Richter als nicht gerechtfertigt betrachtet werden. Es handelt sich hier um die Abänderung oder Aufrechthaltung sehr erheblicher materieller Rechtsvorschriften, d. h. um die Frage: ob der Umfang der Gültigkeit der Provinzial- oder statutarischen Rechte, welche bisher auf die vom ordentlichen Gerichtsstande eximirten Personen keine Anwendung fanden, erweitert und diese Eximirten in Zukunft ebenfalls dem Provinzial- oder statutarischen Rechte unterworfen werden sollten. Eine solche wesentliche Veränderung des materiellen Rechts, eine solche Erweiterung der Grenze des Statutarrechts, dem Provinzialrecht gegenüber und des Provinzialrechts dem Allgemeinen Landrecht gegenüber, müßte, um solche annehmen zu können, klar und deutlich im Gesetze ausgesprochen sein, und es ist schon hiernach nicht vorauszusetzen, daß das Gesetz vom 2. Januar 1849, welches die Aufhebung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit und des eximirten Gerichtsstandes, so wie die anderweitige Organisation der Gerichte zum Gegenstand hätte, mithin nur die Behörden der Rechtspflege und der Justizverwaltung, auch in Beziehung auf die früher eximirten Personen, anders, wie bisher, bestimmte, beabsichtigt haben sollte, damit zugleich und ohne Weiteres auch eine so wesentliche Aenderung des materiellen Rechts, mittelst Beschränkung der Anwendbarkeit des provinziellen oder allgemeinen Rechts rücksichtlich der früher dem Statutar- oder Provinzial-Recht nicht unterworfenen Personen, anzuordnen. Eine solche Anordnung ist darin und namentlich

im §. 9. auch wirklich nicht enthalten. Denn, wenn es darin heißt:

> Der eximirte und privilegirte Gerichtsstand für Personen, Grundstücke und Gerechtigkeiten, desgleichen der privilegirte Gerichtsstand des Fiscus, so weit er bisher noch stattgefunden hat, wird allgemein aufgehoben,

so giebt der Nachsatz:

> Jedermann steht fortan unter dem ordentlichen Gerichte, welches für den Ort oder Bezirk zunächst und unmittelbar bestellt ist u. s. w.

bereits deutlich zu erkennen, daß es sich hier nur um die Gerichtsbehörde, bei welcher die Eximirten künftig ihr Recht zu suchen, ihre Rechtsangelegenheiten zu betreiben haben, um das Forum oder den Gerichtsstand im eigentlichen Sinn, keinesweges aber zugleich um die Aufhebung der Exemtion von materiellen Rechts-Vorschriften handelt, wenn gleich diese Personal-Exemtion bis dahin mit der Exemtion vom ordentlichen Gerichtsstande zusammenfiel oder beide vielmehr übereinstimmend begrenzt waren. Für die materiellen Rechtsnormen blieb also diese Exemtion und Begrenzung, eben, weil sie nicht ausdrücklich aufgehoben war, unverändert bestehen. Außerdem bestimmt nun aber der §. 15. der Verordnung vom 2. Januar 1849 noch ausdrücklich:

> So lange in einzelnen Provinzen noch besondere Provinzial- oder statutarische Rechte bestehen, welche auf die nach den zeitherigen Bestimmungen vom ordentlichen Gerichtsstande eximirten Personen und Sachen nicht Anwendung gefunden haben, bleibt diese Anwendung für solche Personen und Sachen auch ferner ausgeschlossen.

Der §. 15. — so heißt es in den Motiven zu dem gleichlautenden §. 15. des Entwurfs der Verordnung (Justiz-

Ministerial-Blatt pro 1848 Seite 385) — hat den Zweck einer schädlichen Ausdehnung der Wirksamkeit der in mehreren Provinzen noch bestehenden besonderen Rechte vorzubeugen ...

In den Motiven der Verordnung vom 2. Januar 1849, mit welchen dieselbe den Kammern vorgelegt worden, heißt es hierzu wörtlich:

> Endlich spricht der §. 15. einen Vorbehalt aus, welcher zwar an sich aus allgemeinen Grundsätzen folgt, jedoch mit Bezug auf §. 353 Tit. 1. Thl. II. A. L. R. erforderlich war, um der Ungewißheit darüber vorzubeugen, ob die Aufhebung der Exemtion des Gerichtsstandes zugleich die Anwendbarkeit besonderer Provinzial- oder statutarischer Rechte auf die zeitherigen Eximirten zur Folge hat, was nicht angemessen erscheinen konnte, da die gänzliche Aufhebung aller besonderen Rechte wünschenswerth ist. Cf. Schering die Verordnung vom 2. Januar 1849 Artikel 60. S. 47. und Anhang 2. S. 139.

Der §. 15. ist dann in beiden Kammern unbeanstandet geblieben und durch das Gesetz vom 26. April 1851 nicht geändert worden. Allerdings spricht nun der §. 353. Thl. II. Tit. 1. A. L. R., welcher zu jenem Vorbehalt Veranlassung gegeben haben soll, nur von dem Fall der Veränderung des Gerichtsstandes bereits verheiratheter Personen. Allein der Vorbehalt im §. 15. der Verordnung selbst ist durchaus allgemein, ebenso wie das Motiv, daß es nicht wünschenswerth ist, die Exemtionen vom gemeinen resp. Provinzialrechte, noch zu vermehren, allgemeiner Natur ist. Auch konnte jene Vorschrift des §. 353 l. c.; nach welcher die bloße Veränderung des Gerichtsstandes auf die materiellen Rechte der Eheleute dritten Personen gegenüber von Ein-

fluß sein soll, wohl zu diesem allgemeinen Vorbehalt hinführen. —

Die Fassung des Gesetzes selbst, so wie dessen Stellung, läßt es aber jedenfalls nicht zu, dasselbe nur als eine bloße Uebergangsbestimmung zur Erhaltung bereits erworbener Rechte Seitens eximirter Personen, hier also zur Aufrechthaltung des Rechtszustandes der bereits bei Verkündigung der Verordnung vom 2. Januar 1849 verheiratheten Eximirten, aufzufassen. Dasselbe kündigt sich durch die Eingangsworte: „So lange in einzelnen Provinzen noch besondere Provinzial- oder statutarische Rechte bestehen" ganz deutlich als eine das objective Recht, die Rechtsvorschriften selbst, betreffende Vorschrift an, und es erhält diese Rechtsvorschriften oder deren Anwendung unter derselben Beschränkung so lange, als sie, die Provinzial- oder statutarischen Rechte, bestehen, auch für dieselben Personen und Sachen aufrecht, welche nach den seitherigen Bestimmungen unter jener Exemtion begriffen d. h. von der Anwendung der Provinzial- oder statutarischen Rechte ausgeschlossen waren. Die Beschränkung der Anwendung der besonderen Rechtsvorschriften selbst wird in demselben Umfange, wie bisher, trotz der Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes, allgemein aufrecht erhalten und nicht bloß in ihrer Anwendung auf bereits begründete Rechtsverhältnisse. Diese bereits bestehenden Rechtsverhältnisse würden für sich allein vom Gesetz nicht in solcher Weise geschützt und namentlich nicht von dem Fortbestehen der besonderen Provinzial- oder Statutarrechte abhängig gemacht worden sein.

2) Der Appellations-Richter soll ferner, nach der Behauptung des Imploranten, den §. 1. der Verordnung vom 8. Januar 1816, den §. 2. des Publications-Patents vom

9. September 1814, den §. 1. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 und folgeweise den §. 346. Tit. 1. und den §. 6. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. verletzt haben. Diese Beschuldigung ist jedoch ebenfalls nicht gerechtfertigt. Denn, wenn auch aus jener Verordnung vom 8. Januar 1816 und den Publications-Patenten zu folgern ist, daß das Allg. Landrecht in Beziehung auf die durch jene Verordnung wieder hergestellte eheliche Gütergemeinschaft, wie solche vor der Einführung des französischen Rechts bestanden hat, nur subsidiarisch anzuwenden sei, was vom Appellations-Richter gar nicht in Abrede gestellt worden, so muß doch gerade deshalb, weil weder das Lüdenscheider Statut, noch das Cleve-Märkische Provinzialrecht besondere Bestimmungen über das Verhältniß des Statutarrechts zu dem Provinzialrecht enthalten, in dieser Hinsicht auf die Bestimmungen des A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 346. und Thl. II. Tit. 8. §. 6., als die subsidiarisch geltenden Normen, zurückgegangen werden. Nach diesem §. 346. l. c. erstreckt sich die bloße statutarische Gütergemeinschaft nicht auf Eheleute, die zwar an dem Orte leben, aber vermöge ihres Standes von der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Obrigkeit des Orts ausgenommen sind, und der §. 6. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. bestimmt noch allgemeiner:

> Bürger und Schutzverwandte der Stadt werden nach den Statuten ihres Wohnorts, Eximirte hingegen nach den Provinzialgesetzen und in deren Ermangelung nach dem Allg. Landrechte beurtheilt.

Mag man nun aber das Erbrecht, welches in der Stadt Lüdenscheid gilt und worauf der Implorant sein ausschließliches Erbrecht gründet, als Ausfluß einer statutarischen Gütergemeinschaft, oder als eine Modification und Abweichung von der provinzialrechtlichen Gütergemeinschaft betrachten,

so kann diese in der Stadt Lüdenscheid geltende Abweichung vom Provinzialrecht doch immer nur als statutarrechtliche Abweichung und in dem Umfange eines Statutarrechts zur Geltung gelangen und eben deshalb auf eximirte Personen keine Anwendung finden.

Schließlich mag hier noch bemerkt werden, daß die vorstehend zu 1. und 2. entwickelten Grundsätze auch bereits in dem Urtel des Ober-Tribunals vom 16. Januar 1857 (Entsch. Bd. 34. S. 204.) bei Gelegenheit der Beurtheilung des Statuts der Stadt Hamm, als richtig anerkannt worden sind.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zurückzuweisen.

№ 3.

Verjährung des Anspruchs auf Erstattung des Werths gestohlener Sachen.

1) Kommt dem Diebe, der auf Erstattung des Werthes der gestohlenen Sache in Anspruch genommen wird, die dreijährige Verjährung nach §. 54. Thl. I. Tit. 6. des A. L. R. zu Statten?

2) Macht es hierbei einen Unterschied, daß der Diebstahl von einem Minderjährigen verübt worden?

A. L. R. Thl. I. Tit. 6. §. 54.
Declaration vom 31. März 1838 (Ges.-Samml. S. 252.).
A. L. R. Thl. I. Tit. 13. §§. 265 ff. und 279.

Wie Kläger behauptet, hat ihm Verklagter während des Zeitraums von Ostern bis zum 11. September 1845, während dessen derselbe als Lehrling in seinen Diensten gestanden, die in der Klage aufgeführten Gegenstände, zusammen im Werthe von 155 Thlrn., entwendet, die Entwendung in der gegen ihn im Jahre 1846 geführten Untersuchung eingestanden, die entwendeten Gegenstände auch bald nach der Entwendung verkauft. Unter der Anführung, daß ihm bis in die neueste Zeit der Aufenthalt des Verklagten unbekannt gewesen, ist Kläger gegen denselben mit dem Antrage klagbar geworden:

den Verklagten für schuldig zu erachten, die gedachten Gegenstände herauszugeben, oder die beigesetzten Werthe zu ersetzen.

Der Verklagte hat nicht eingeräumt, den in Rede stehenden Diebstahl begangen zu haben und die Beweiskraft der deshalb vom Kläger in Bezug genommenen Straferkenntnisse bestritten, weil er damals noch minorenn gewesen sei. Auch setzt er dem Anspruche die dreijährige Verjährung nach §. 54. Thl. I. Tit. 6. des A. L. R. entgegen.

Durch zwei gleichlautende Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Breslau vom 10. Januar und des Civil-Senats des Appellations-Gerichts daselbst vom 19. Mai 1859 ist Kläger mit seiner Klage abgewiesen worden, indem der erste Richter den angeblichen Zugeständnissen des Verklagten in der Untersuchung wegen seiner damaligen Minderjährigkeit kein Gewicht beilegt, der zweite Richter aber den Einwand der dreijährigen Verjährung für durchgreifend erachtet. —

Auf die vom Kläger eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 4., resp. am 30. November 1859 das Appellations-Erkenntniß vernichtet

und in der Sache selbst auf Beweisaufnahme durch Vorlegung der vom Kläger in Bezug genommenen Straferkenntnisse resolvirt, und zwar aus folgenden

Gründen:

Den principalen Antrag des Klägers, welcher auf Rückgabe der entwendeten Sachen gerichtet ist, verwirft der Appellations-Richter, weil Kläger selbst behauptet hat, daß Verklagter die Sachen bald nach der Entwendung verkauft habe, er beschäftigt sich daher hauptsächlich nur mit dem eventuellen, auf Ersatz des Werthes gerichteten Anspruche, welchen er als eine Entschädigungsklage betrachtet und deshalb den §. 54. Thl. I. Tit. 6. des A. L. R. zur Anwendung bringt, wonach derjenige, welcher einen außer dem Falle eines Contracts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahre, nachdem das Dasein und der Urheber desselben zu seiner Wissenschaft gelangt sind, einzuklagen vernachlässigt, sein Recht verloren hat. Hiergegen hat Implorant seinen Angriff gerichtet, insbesondere eine unpassende Anwendung des §. 54. a. a. O., sowie einen Verstoß gegen die Declaration desselben vom 31. März 1838 behauptet.

Die Beschwerde mußte für begründet erachtet werden.

Der §. 54. a. a. O. hat früher insofern zu Zweifeln Veranlassung gegeben, als eine Meinungsverschiedenheit darüber herrschte, ob derselbe auf Beschädigungen durch unerlaubte Handlungen zu beschränken sei. Es erging darüber die schon erwähnte Deklaration dahin:

daß die Vorschrift des §. 54. auf alle, außer dem Falle eines Contracts entstandene Beschädigungen, sie mögen durch erlaubte oder unerlaubte Handlungen verursacht sein, zu beziehen sei.

Sie ist hiernächst für anwendbar erklärt:

1) auf Ansprüche wegen Beschädigungen, die bei Gelegen-

heit öffentlicher Anlagen, so wie beim Bergbau zugefügt sind;

2) auf Entschädigungsansprüche, welche gegen öffentliche Beamten aus ihrer Amtsführung von dritten Personen erhoben werden.

Der Schlußsatz der Declaration enthält sodann nachstehende Bestimmung:

Wenn der Beschädiger sich zugleich mit dem Schaden des Anderen einen Vortheil verschafft hat, so tritt die ordentliche Verjährung ein, soweit der Anspruch des Beschädigten die Höhe jenes Vortheils nicht übersteigt.

Die Frage ist daher:

ob und in welchem Umfange der vorliegende Fall unter den Schlußsatz der Declaration fällt?

Faßt man zuvörderst das römische Recht ins Auge, auf welches auch Suarez in seinen Schlußvorträgen zum §. 54. a. a. O. Bezug nimmt, Jahrb. Bd. 41. S. 7., so unterliegt es keinem Bedenken, daß die condictio furtiva eine actio perpetua ist, und daß mittelst derselben nicht bloß der Gewinn, in dessen Besitz der Dieb sich noch befindet, sondern auch die gestohlene Sache selbst und eventuell, bei eingetretenem Verluste, deren voller Werth cum omni causa gefordert werden kann,

L. 35. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 8. D. de condict. furt. (13. 1.) Unterholzner von Schuldverhältnissen §. 230. II. S. 61., Thibauts, Pandecten 8. Ausg. §. 624. —

Sie ist, wie v. Savigny in seinem System des heutigen Römischen Rechts Band 5. S. 551 u. ff., überzeugend ausgeführt hat, eine eigenthümliche Art der condictio sine causa. An und für sich hat der Bestohlene nach der Ausführung v. Savigny's die Vindication und die condictio

sine causa, erstere, wenn der Dieb noch im Besitz ist, letztere, wenn er nicht mehr besitzt und zwar auch dann, wenn er in Folge des Verlustes des Besitzes gar nicht mehr bereichert ist, als Folge der den Dieb stets begleitenden mora. Die Vindication und condictio furtiva würden daher ausgereicht haben, um dem Bestohlenen zu seinem Rechte zu verhelfen, da er aber in dem einen Falle den fortdauernden Besitz des Diebes, in dem anderen Falle den Nichtbesitz desselben hätte beweisen müssen und er in Gefahr gewesen wäre, wegen der unrichtig gewählten Klage abgewiesen zu werden, so wurde ihm ausnahmsweise auch beim Vorhandensein der gestohlenen Sache die Condiction bewilligt. Die Condictio furtiva ist daher, wenn gleich ihre nothwendige Voraussetzung ein Delict ist, keine eigentliche Delictsklage, sondern wie jede andere condictio sine causa eine aus des Gegners grundloser Bereicherung durch fremdes Eigenthum begründete Klage und zwar wegen der fortdauernden mora des Diebes unabhängig von der fortdauernden Bereicherung.

Das Allgemeine Landrecht weicht in der vorliegenden Materie in sofern von dem römischen Rechte ab, als der, welcher sein Eigenthum verfolgt, zunächst gegen den wirklichen Besitzer klagen muß, wenn die Sache noch gegen diesen vindicirt werden kann. — §§. 11. und ff. 13. Thl. I. Tit. 15. des A. L. R. —

Auch eine gestohlene Sache, welche sich nicht mehr im Besitze des Diebes befindet, muß daher zunächst von dem wahren Besitzer vindicirt werden und der Dieb haftet nur für den Schaden und entgangenen Gewinn, der dem Bestohlenen in Folge der Veräußerung erwächst, — §§. 14. und 15. ibid. —

Allein eines Theils finden diese Vorschriften nur An-

wendung, wenn die gestohlene Sache noch vindicirt werden kann, wenn also insbesondere die dritten Besitzer bekannt sind, anderen Theils läßt sich nicht annehmen, das Allgemeine Landrecht habe von der in der Natur der Sache begründeten römischen Rechtsregel, daß der Dieb, in Folge seiner von Anfang an vorhandenen und fortdauernden mora, für den Werth der dem Bestohlenen entzogenen und in seinen Besitz genommenen Sache fortdauernd hafte, abweichen wollen. Es läßt sich dieses um so weniger annehmen, als selbst das, was ein Dispositionsfähiger an Geld oder Geldeswerth übernommen und verwendet hat, ohne ferneren Beweis für nützlich verwendet zu achten ist und selbst dann erstattet werden muß, wenn die Vermögensverbesserung in der Folge verloren gegangen ist. — §§. 265. und 273. Thl. I. Tit. 13. des A. L. R. —

Denn unmöglich kann der Gesetzgeber den Dieb, welcher eine gestohlene Sache verzehrt hat, besser haben stellen wollen, als den, der redlicher Weise Geld oder Geldeswerth an sich genommen und für sich verwendet hat. Die bei der nützlichen Verwendung gemachte Ausnahme, daß die bloße Uebernahme keine Verbindlichkeit zum Ersatz begründe, wenn erwiesen werden kann, daß das Uebernommene durch einen Zufall verloren gegangen, ehe der Uebernehmer davon wirklich Nutzen gezogen hat, — §. 266. ebds. — kommt im vorliegenden Falle nicht in Betracht und kann überhaupt dem Diebe wegen seiner mora und der darauf gegründeten Vorschriften §§. 240—242. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. nicht zu Statten kommen. Was aber von einer verzehrten gestohlenen Sache gilt, das muß, wegen der von Anfang an vorhandenen und stets fortdauernden mora des Diebes, gegen denselben auch hinsichtlich einer veräußerten oder sonst abhanden gebrachten Sache gelten. Der vor-

stehenden Ausführung steht auch der oben erwähnte Schlußsatz der Declaration vom 31. März 1838 nicht entgegen. Wie schon bemerkt worden, war die Veranlassung zu dieser Declaration die Controverse, ob der §. 54. Thl. I. Tit. 6. des A. L. R. auch auf Beschädigungen durch erlaubte Handlungen zu beziehen, oder auf Beschädigungen durch unerlaubte Handlungen zu beschränken sei? Wie es zu halten, wenn der Beschädiger zugleich einen Vortheil erlangt hat, war nicht controvers und daher auch nicht eigentlicher Gegenstand der Declaration. Wenn desungeachtet der Schlußsatz hinzufügt worden, so hat dadurch nur einer irrigen Anwendung der Declaration auf einen nicht darunter begriffenen Fall vorgebeugt werden sollen. Demgemäß darf man den Worten des Schlußsatzes keinen anderen Sinn beilegen, als denjenigen, welcher sich aus der Natur der Sache und den bestehenden Gesetzen ergiebt. Auch stehen die Worte des Schlußsatzes in keinem Widerspruche mit demjenigen, was vorstehend als bestehendes Gesetz entwickelt worden. Die Declaration macht die Anwendbarkeit der ordentlichen Verjährung davon abhängig, daß sich der Beschädiger zugleich mit dem Schaden des anderen einen Vortheil verschafft hat und zwar soweit sein Anspruch diesen Vortheil nicht übersteigt. Wie aber dieser Vortheil zu berechnen sei und ob derselbe zur Zeit der Klageanstellung noch fortdauern müsse, darüber bestimmt die Declaration nichts. Der Vortheil, den sich der Dieb verschafft, besteht in dem Werthe der gestohlenen Sachen. Er entsteht sogleich mit der Aneignung des gestohlenen Gutes. Nach der Vorschrift des §. 242. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. haftet der Dieb für alle auch zufälligen Verschlimmerungen. Er muß also, wenn er sich noch im Besitz der Sache selbst befindet, auch nach drei Jahren dem vindicirenden Eigenthü-

mer nicht bloß die Sache, soweit sie noch vorhanden ist, zurückgeben, sondern ihm auch den Werth der Verschlimmerungen, so bedeutend sie sein mögen, erstatten. In dieser Hinsicht kann ihn auch die eigenmächtige Zerstörung der Sache nicht von der Erstattung des einmal unbefugter Weise gezogenen Vortheils befreien. Es würde vielmehr mit der Tendenz des Gesetzes im schärfsten Widerspruche stehen, wenn angenommen werden sollte, daß der Dieb zwar für alle, selbst zufällige Verschlimmerungen haftet, sich aber durch Zerstörung der ganzen Sache oder durch deren Veräußerung an unbekannte Personen nach Ablauf der drei Jahre von jedem Anspruche befreien oder den Anspruch auf den von dem Bestohlenen erst zu erweisenden Verkaufspreis reduciren könne.

Nach vorstehender Ausführung muß angenommen werden, daß der Dieb auch nach Ablauf der drei Jahre nicht nur zur Zurückgabe der gestohlenen Sachen, sondern auch, sofern dieselbe nicht erfolgen kann, zur Erstattung ihres vollen Werthes verpflichtet ist, daß mithin dem hierauf gerichteten Anspruche die dreijährige Verjährung nach §. 54. Thl. I. Tit. 6. des A. L. R. nicht entgegen gesetzt werden kann.

Noch ist zu untersuchen, ob in der vorstehenden Ausführung dadurch etwas geändert wird, daß der Verklagte zur Zeit des Diebstahls angeblich noch minderjährig war.

Aber auch dieses ist nicht der Fall. Derselbe ist nach dem fol. 10. act. befindlichen Atteste am 14. September 1823 geboren, war also im Jahre 1845 etwa 22 Jahre alt. Er hatte also die Jahre der Unmündigkeit längst überschritten, §. 25. Thl. I. Tit. 3. des A. L. R. und sein Alter kann ihn daher vor der Strenge der Gesetze nicht schützen. §. 17. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R.

Zwar ist nach dem oben in Bezug genommenen §. 265. Thl. I. Tit. 13. des A. L. R. nur bei demjenigen, der über sein Vermögen frei verfügen kann, alles was derselbe an Geld oder Geldeswerth übernommen hat, ohne weiteren Beweis für nützlich verwendet zu achten, diese Vorschrift kann aber minderjährigen Dieben und Betrügern nicht zu Statten kommen; der §. 279. a. a. O. verordnet ausdrücklich, daß derjenige, welcher aus dem Vermögen des anderen durch Betrug etwas an sich gebracht hat, jederzeit zur vollständigen Schadloshaltung verpflichtet sei, und auch die §§. 1116., 1117., 1244. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R. ergeben, daß die Verpflichtung des Verbrechers sich unbedingt auch auf die Erstattung des vollen Werthes der gestohlenen Sache erstreckt. Es bedarf daher keiner Erörterung darüber, ob der §. 3. des Anhangs zum Allg. Landrecht auf den Verklagten Anwendung finde.

Hiernach mußte das Appellations-Erkenntniß vernichtet werden.

In der Sache selbst kommt es zunächst darauf an, den Beweis über den vom Verklagten bestrittenen Diebstahl durch Herbeischaffung und Vorlegung der vom Kläger in Bezug genommenen Straferkenntnisse zu erheben. Der erste Richter will ein von dem Verklagten abgelegtes Geständniß nicht berücksichtigen, weil nach §. 85. Thl. I. Tit. 10. der A. G. O. ein Geständniß nur dann von Einfluß ist, wenn der Gestehende zur Verhandlung der Sache nach seinem alleinigen Ermessen befugt ist. Allein diese für den Civilprozeß gegebene Vorschrift kann dem Verklagten nicht zu Statten kommen, da auch der minderjährige Verbrecher die rechtlichen Folgen der durch die ordnungsmäßig geführte Untersuchung festgestellten That tragen muß. Der Plenar-

Beschluß vom 15. December 1856 — Entscheidungen Bd. 34. S. 19 ff. 24. 32. — steht dem nicht entgegen.

Es müssen daher zuvörderst die vom Kläger in Bezug genommenen Erkenntnisse herbeigeschafft und den Parteien vorgelegt werden.

№ 4.

Possessorium.

Ueber den derivativen Besitzerwerb von Rechten und dessen Geltendmachung im Possessorien-Processe.

A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 40 ff.

Die Kläger haben die sogenannte Schrievers-Wiese nebst der Gerechtigkeit an einem zu dieser vom Kreuzkamp an der Münster-Herberner Chaussee führenden Wege durch Vertrag vom 14. und 22. März 1859 vom Kaufmann C. gekauft und übergeben erhalten. Der Verklagte hat bald darauf diesen Weg durch Schließung eines bis dahin unverschlossen gewesenen Schlagbaums gesperrt und den Klägern den ferneren Gebrauch zum Fahren untersagt. Dies ist Veranlassung zur Possessorien-Klage geworden, mit der Kläger, unter der Behauptung, daß die Besitzer der Schrievers-Wiese den Weg bisher frei und ungestört als einen ihnen zuständigen zum Fahren und Viehtreiben benutzt hätten, beantragten:

sie im Besitze dieser Fahr- und Viehtriebsgerechtigkeit zu schützen, dem Verklagten die Beseitigung des Schlosses aufzugeben, und ihm jede fernere Störung bei namhafter Strafe zu untersagen.

Der Verklagte bestritt, daß die Kläger, resp. ihre Vorbesitzer sich jemals im Besitze der Fahrwegsgerechtigkeit befunden hätten; den Besitz des Rechts zum Viehtrieb erkannte er an, stellte aber eine Störung desselben in Abrede, weil die Kläger kein Vieh getrieben und er den Schlagbaum nur zur Verhinderung des Fahrens geschlossen hätte. — Er beantragte:

den Klägern den Besitz des Rechts zum Viehtrieb zuzusprechen, sie dagegen mit dem Antrage auf Schutz im Besitze der Fahrwegsgerechtigkeit abzuweisen.

Das Kreisgericht zu Lüdinghausen resolvirte auf Vernehmung der klägerischen Zeugen über den behaupteten Besitz der Fahrwegsgerechtigkeit. Auf Grund dieser Beweisaufnahme erkannte es auf einen Eid **de ignorantia** für die Kläger darüber: daß die Besitzer der Schrievers-Wiese den fraglichen Weg bis in die neueste Zeit, und namentlich noch ungefähr im Jahre 1854 zum Fahren benutzt haben. Im Falle der Ableistung verurtheilte es den Verklagten nach dem Klageantrage, im Falle der Nichtleistung wies es die Kläger, unter der aus dem Anerkenntnisse der Viehtriebsgerechtigkeit sich ergebenden Modification, in Betreff der Fahrwegsgerechtigkeit ab. Denn durch die Beweisaufnahme über die klägerischer Seits behauptete Benutzung des Weges zum Fahren seien vier verschiedene Besitzhandlungen zwar nicht vollständig erwiesen, aber doch sehr wahrscheinlich gemacht worden. Es sollen nämlich einmal vor ungefähr 22, dann vor 15, dann vor 12, endlich vor ungefähr 4 Jahren Asche, Kalk, Pappeln u. s. w. auf dem streitigen Wege für den Kaufmann C. in die Wiese gefahren worden sein. Es könne auffallen, — fährt der erste Richter fort — daß eine Menge Zeugen aus einer langen Reihe von Jahren nur diese einzelnen Besitz-Acte

hätten namhaft machen können. Allein es sei zu berücksichtigen, daß die Wiese stets, wie dies von 1833 an der H. bezeuge, als Weide benutzt worden, und der streitige Weg hiernach zwar alljährlich zum Ein- und Austreiben von Vieh, aber nur selten zum Fahren zu gebrauchen gewesen sei. Es liege hiernach Grund genug vor, die Kläger über die behauptete Benutzung des Weges zum Fahren durch die Besitzer der Wiese bis zur Gegenwart, zum Erfüllungseide, und zwar, da Kläger selbst erst unmittelbar vor der Störung Eigenthümer der Wiese geworden seien, de ignorantia zu verstatten. Werde durch ihn festgestellt, daß die Vorbesitzer der Kläger den Weg noch vor circa 4 Jahren benutzt haben, wo nach der nachgewiesenen Benutzungsart der Wiese vielleicht die letzte Gelegenheit zum Gebrauche durch Fahren vorgelegen haben möge, so seien sie nach §. 130. Thl. I. Tit. 7. A. L. R. auch im Besitze geblieben, wenn gleich die fernere Ausübung unterblieben sein möge.

Gegen diese Gründe rügte Verklagter in der erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde unter Anderem: der erste Richter stelle nicht fest, daß die Kläger selbst Besitzhandlungen an der streitigen Wegegerechtigkeit ausgeübt hätten. Ohne Besitzergreifung aber werde keine Art von Besitz erlangt, und Kläger könnten daher auch nicht auf Grund des Besitzes der Vorbesitzer für sich das Possessorium begründen. Der erste Richter verkenne hiernach das Wesen des Besitzes und verletze die §§. 1. bis 5., 48., 146., 150., 154., Thl. I. Tit. 7. A. L. R. und §. 1. Tit. 31. der Proceß-Ordnung. Dieser Angriff wurde indessen, mittelst Erkenntnisses des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 22. Januar 1860, zurückgewiesen.

Gründe.

Wenn zur Begründung des Angriffs der Plenarbeschluß vom 7. Nov. 1849 (Entsch. Bd. 18. S. 3 ff.) herangezogen ist, so läßt der Implorant außer Acht, daß nach den Motiven desselben die possessorische Klage des Erben wegen Turbationen, die vor seiner Besitznahme der Erbschaft vorgekommen sind, hauptsächlich deshalb für unstatthaft erachtet ist, weil der Erbe in sofern den Besitz des Erblassers nicht fortsetzen könne, als durch dessen Tod seine Beziehungen zu der Sache, durch welche der Besitz bedingt sei, aufgehört haben und damit von selbst eine Aufhebung des Besitzes eintrete. (S. 8. a. a. O.) Daß diese Rücksicht bei einer Singular-Succession unter Lebenden, welche hier in Frage steht, nicht Platz greift, leuchtet ohne Weiteres ein.

Es ist aber auch eine irrige Ansicht des Imploranten, wenn er — um es so auszudrücken — den derivativen Besitzerwerb dem originären gleichstellend, die Meinung hegt, daß bei der Uebertragung eines vom Veräußerer ausgeübten Rechtes — und nur dieses kommt vorliegend in Betracht — dessen Besitz vom Erwerber nicht anders, als durch die seiner Seits erfolgende Ausübung erlangt werde. Wäre dies nämlich der Fall, so würde er nicht, wie das Gesetz doch anerkennt (§§. 40 ff. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R.) den Besitz seines Autors fortsetzen dürfen, vielmehr selbstständig einen neuen Besitz erwerben müssen. Dies zu thun, steht ihm allerdings frei, es ist aber nicht Bedingung seines Besitzerwerbs, welcher vielmehr auch dann schon vollendet ist, wenn bei der Uebertragung des von dem Autor geübten Rechtes das physische Vermögen, darüber mit Ausschließung Anderer zu verfügen, fortdauert. (§§. 1., 4., 111., 113., 130. a. a. O.)

Daß es an dieser Fortdauer im gegenwärtigen Falle

gefehlt habe, darüber erhellet jedoch nichts und es braucht daher eigentlich nicht noch hervorgehoben zu werden, wie es sich im jetzigen Falle nicht um ein unabhängiges, vielmehr um ein solches Recht handelt, welches — wie es in der Klage heißt — als Gerechtigkeit, resp. als Prädial-Servitut, mit dem tradirten Grundstücke zusammenhängt und dessen Besitz zugleich mit dem Besitze des Letzteren erworben worden ist (§§. 52., 77. und 78. a. a. O. vergl. die Entscheidungen Bd. 27. S. 313.).

Hiernach erscheint der Angriff als hinfällig.

№ 5.

Räumung der Privatflüsse durch die Uferbesitzer.

Sind die Uferbesitzer eines Privatflusses auch dann zur Räumung desselben verpflichtet, wenn Jemand das ausschließliche Eigenthum des Privatflusses hat?

Allg. Landr. Thl. I. Tit. 8. §§. 99 ff.

Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 §§. 1. und 7. (Ges.-S. S. 41.)

Der Domainen-Fiscus ist durch ein Resolut der Landes-Polizeibehörde für schuldig erachtet, den Lyckfluß zu räumen, so weit die Räumung zur Beschaffung der Vorfluth erforderlich ist, ihm jedoch der Rechtsweg vorbehalten. Er behauptet in dem jetzigen Processe, daß der Lyckfluß

ein Privatfluß sei und die Uferbesitzer nach §. 7. des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 verpflichtet seien, die Räumung desselben zu bewirken.

Der Kaufmann K. zu Lyck gehört zu den Uferbesitzern in der Feldmark Lyck. Gegen denselben hat der Fiskus mit dem Antrage geklagt:

> es anzuerkennen, daß der Domainen-Fiscus nicht verpflichtet sei, den Lyckfluß längs dem Ufer seines Plans von dem Grundstücke Lyck Nr. 66. zur Beschaffung der Vorfluth zu räumen.

Der Verklagte hält sich hierzu nicht verpflichtet, weil der Fiskus Eigenthümer des Lyckflusses sei und daher, bei Berücksichtigung des §. 1. des allegirten Gesetzes, die Klage auf den §. 7. desselben nicht gestützt werden könne, ein anderes Gesetz ihm aber die Verpflichtung zur Räumung nicht auferlege.

Durch die Erkenntnisse erster und zweiter Instanz des Kreisgerichtes zu Lyck und des Appellationsgerichtes zu Insterburg, vom 21. Juli 1858 und vom 14. April 1859, ist der Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Der Appellations-Richter hat den Fiscus für den alleinigen Eigenthümer des Lyckflusses und bei dieser Voraussetzung den §. 7. des Gesetzes vom 28. Februar 1843 nicht für anwendbar erachtet, weil der §. 1. a. a. O. die Anwendbarkeit desselben ausschließe, die Bestimmungen in den §§. 8. und 9. a. a. O. dieser Annahme nicht entgegenstehen, vielmehr der allgemeine Rechtsgrundsatz: daß, wer die Vortheile von einer Sache ziehe, auch die mit derselben verbundenen Lasten tragen müsse, Platz greife.

In der für den Fiskus eingereichten Nichtigkeits-Beschwerde wird die Verletzung dieses Rechtsgrundsatzes

durch unrichtige Anwendung und der §§. 1., 7., 8., 9. a. a. O. durch unrichtige Auslegung und Anwendung gerügt. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat aber in der Sitzung vom 4. November 1859 die Beschwerde aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen.

Nach §. 1. des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 ist jeder Uferbesitzer an Privatflüssen — sofern nicht Jemand das ausschließliche Eigenthum des Flusses hat — berechtigt, das an seinem Grundstücke vorüberfließende Wasser unter den im §. 13 ff. enthaltenen näheren Bestimmungen zu seinem besonderen Vortheile zu benutzen. Hiernach findet daher eine solche Benutzung nicht statt und die Bestimmungen im §. 13 ff. kommen nicht zur Anwendung, wenn der Privatfluß sich in Jemandes ausschließlichem Eigenthume und also nicht im Eigenthume der Uferbesitzer befindet, weil Ersterer als Ausfluß seines Eigenthums auch die ausschließliche Benutzung hat.

Unter einem Uferbesitzer, welchem die Vortheile dieses Gesetzes zu statten kommen sollen, ist deshalb nur ein solcher zu verstehen, welcher von der Benutzung des vorbeifließenden Wassers durch einen Eigenthümer des Privatflusses nicht ausgeschlossen, mithin selbst Miteigenthümer desselben ist. Wenn nun der §. 7. a. a. O. den Uferbesitzern die Pflicht auferlegt, den Fluß in so weit zu räumen, als es zur Beschaffung der Vorfluth erforderlich ist, so erscheint diese Belastung als eine Verpflichtung, welche aus dem Rechte, das vorbeifließende Wasser zu benutzen, entspringt, weil das Gesetz in den §§. 1. bis 7. nur von solchen Uferbesitzern redet, welchen die Benutzung des Was-

sers vermöge des ihnen zustehenden Miteigenthums eingeräumt ist, und nicht von solchen Uferbesitzern, welchen bei dem bestehenden ausschließlichen Eigenthume eines Dritten kein Recht zur Benutzung des Privatflusses gebührt, der Zweck der Räumung aber nur der ist, die dem Abflusse des Wassers sich entgegenstellenden Hemmungen fortzuschaffen.

Hierzu kann nur Der verpflichtet sein, dem eine Verfügung über den Fluß zusteht, und der Appellations-Richter, welcher in diesem Sinne die §§. 1. und 7. a. a. O. angewandt, hat daher so wenig diese Gesetze, als auch den Rechtsgrundsatz verletzt, daß der, welcher die Vortheile von einer Sache zieht, auch die mit derselben verbundenen Lasten tragen muß.

Der Umstand, daß in den §§. 8. und 9. l. c. der Eigenthümer des Flusses neben den Uferbesitzern genannt ist, kann die vorstehende Ausführung nicht zweifelhaft machen, weil in diesen Gesetzen von einer Beschränkung des Eigenthums im öffentlichen Interesse beim Holzflössen die Rede ist, welcher sowohl der besondere Eigenthümer des Flusses, wenn ein solcher vorhanden ist, als auch die Uferbesitzer als solche, sie mögen Eigenthümer des Flusses sein oder nicht, sich unterwerfen müssen.

Es folgt jedenfalls hieraus nicht, daß der Eigenthümer des Flusses, weil derselbe im §. 7. l. c. nicht genannt, von der Verpflichtung, den Fluß zu räumen, hat entbunden, und diese Verpflichtung den Uferbesitzern, als solchen, hat auferlegt werden sollen, und zwar um so weniger, als eine solche Verpflichtung auch aus den §§. 99. und 100. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. in Verbindung mit dem Plenarbeschlusse vom 9. April 1844 (Entscheid. Bd. 10. S. 245.) nicht herzuleiten ist. Da der Verklagte, wenn er selbst zur Räumung des Lyckflusses nicht verpflichtet ist, es nicht

anzuerkennen hat, daß der Kläger zur Grabenräumung nicht verpflichtet sei, so hat die Beschwerde zurückgewiesen werden müssen.

№ 6.

Beschränkung des Eigenthümers bei dem Bauen an der Grenze.

Sind die Vorschriften der §§. 142., 143. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. auch bei Erhöhungen alter Gebäude zur Anwendung zu bringen?

S. Präjudiz 1777. Plenar-Beschluß vom 11. Mai 1846 (Entscheid. Bd. 13. S. 27.)

Von den beiden, den Parteien gehörigen, mit den Giebelseiten aneinander stoßenden Häusern auf dem Markte zu S. ist das des Verklagten, Böttchermeister K. das höhere, und es befindet sich in demselben eine Luke, welche die Aussicht auf das Dach des Hauses des Klägers, Kaufmanns F. hat. Letzterer beabsichtigte, sein Haus höher zu bauen, und, seinem Klageantrage gemäß, wurde im Urtel des Kreisgerichts zu Sorau vom 28. Januar 1858 dahin erkannt, daß er dazu auch für berechtigt zu erachten, wenngleich durch das Höherbauen die gedachte Luke verbauet werde, und daß der Verklagte schuldig, die Verbauung der Luke zu gestatten.

Auf die dagegen vom Verklagten eingelegte Appellation erkannte das Appellations-Gericht zu Frankfurt a. O. durch Urtel vom 9. December 1858 abändernd auf Ab-

weisung des Klägers, weil, wie durch die Beweisaufnahme festgestellt worden, die zur Gewährung von Licht und Aussicht dienende Lukenöffnung in dem Hause des Verklagten bereits länger als zehn Jahre vorhanden gewesen, und daher die §§. 142., 143. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. zur Anwendung zu bringen.

Der Kläger legte gegen dieses Urtel die Nichtigkeits-Beschwerde ein. Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat dieselbe jedoch in dem Urtel vom 25. October 1859 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Es wird in der Nichtigkeits-Beschwerde Verletzung des Rechtsgrundsatzes:

> Bei bereits vorhandenen unmittelbar aneinander stoßenden Gebäuden ist der Eigenthümer des größeren mit einem Fenster versehenen Gebäudes nur dann berechtigt, dem Höherbauen des Nachbars, durch welches jenes, wenngleich schon seit länger als zehn und dreißig Jahren vorhandene Fenster vermauert wird, zu widersprechen, wenn er ein Untersagungsrecht hierzu besonders erworben hat; —

behauptet und in Betreff desselben auf das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 26. Februar 1852 Bezug genommen, welches unter der Nr. 12. im fünften Bande des Archivs für Rechtsfälle abgedruckt ist. In diesem Werke ist nun zwar allerdings der angegebene Rechtsgrundsatz in der Ueberschrift der mitgetheilten Entscheidung, als in dieser ausgesprochen vorausgesetzt, jedoch mit Unrecht. Der Fall, welcher zu dem Erkenntnisse vom 26. Februar 1852 Veranlassung gegeben hatte, war zwar an sich mit dem hier vorliegenden von ähnlicher Art; die zum Nachtheil des Besitzers des größeren mit einem Fenster versehenen Gebäudes

ergangene Entscheidung ist aber, indem zunächst von dem sogenannten Recht des **prospectus coeli** abgesehen, und nur des Verlangen des Verklagten, daß der Kläger gar nicht baue, berücksichtigt ist, auf die §§. 139., 140. in Verbindung mit dem §. 145. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. gegründet, und die Frage, ob nicht dem Verklagten wenigstens das s. g. Recht des **prospectus coeli** vorbehalten bleiben müsse, ist nicht entschieden, sondern dadurch beseitigt, daß,

> selbst angenommen, daß die desfallsigen Vorschriften der §§. 142.—144. sich auch auf den Fall, in welchem kein neues Gebäude errichtet, sondern nur ein schon bestehendes erhöhet werden soll, beziehen,

der Verklagte jedenfalls sich dennoch auf jene Vorschriften nicht berufen könne, weil er noch vor Abschluß des Vertrages, durch welchen er das Haus erkauft, von dem Verkäufer davon in Kenntniß gesetzt worden, daß sein Vorbesitzer dem Eigenthümer des niedrigeren Hauses ausdrücklich und schriftlich erklärt gehabt, daß ihm des angelegten Fensters ungeachtet das Recht zustehen solle, sein Haus durch Aufsetzung eines zweiten Stockwerkes zu erhöhen und jenes Fenster zu verbauen. Auf diesen Umstand also gründet sich in dieser Hinsicht das angezogene Erkenntniß, wogegen die Frage, ob die §§. 142. 143. a. a. O. sich nur auf das erst zu errichtende neue Gebäude, oder auch auf bereits vorhandene und zu erhöhende beziehen, durch dasselbe unentschieden gelassen worden ist. Der gedachte, jene Frage in der ersten Alternative beantwortende Rechtsgrundsatz, kann aber auch nicht als richtig anerkannt werden.

Die gedachte Frage ist bei dem Plenarbeschlusse vom 11. Mai 1846 und zwar nicht bloß in Beziehung auf den besonderen Fall, welcher zu demselben Veranlassung gegeben

hatte, sondern in ihrer Allgemeinheit in Erwägung gezogen, und durch den dritten Satz des Plenarbeschlusses dahin entschieden worden, daß die Bestimmungen der allegirten Paragraphen auch bei neuen Bauten auf bisher schon zum Bauen benutzten Stellen und bei Erhöhung alter Gebäude Anwendung finden, und in Betreff der Richtigkeit dieser, dem vom Imploranten aufgestellten Rechtsgrundsatze entgegenstehenden, Auslegung genügt die Verweisung auf die vom Imploranten nicht weiter angefochtenen Gründe des gedachten Plenarbeschlusses. Auf Anwendung desselben beruht das angegriffene Appellations-Urtel, und es kann daher auch der demselben gemachte Vorwurf einer Verletzung der §§. 142. und 143. a. a. O. nicht als gerechtfertigt erachtet werden, deshalb auch nicht die einer Verletzung des §. 145. a. a. O., da dieser den Fall voraussetzt, wo die zu verbauenden Fenster noch nicht seit zehn Jahren vorhanden gewesen.

Die eingelegte Richtigkeits-Beschwerde mußte daher zurückgewiesen werden.

№ 7.

Rechte des Fiscus auf das Bett öffentlicher Flüsse.

Hat der Fiscus auf die im Bette öffentlicher Flüsse befindlichen Steine, vermöge des Fluß-Regals, einen gesetzlichen Anspruch?

Allg. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 242.—248., 263.—270. Thl. II. Tit 14. §§. 24 u. ff. Tit. 15., §§., 38., 55., 67.

Westpreußisches Provinzialrecht vom 19. April 1844 (G.-S. S 105.) §. 4.

Zu dem Grundstücke des Gutsbesitzers W. in Pieckel gehört ein an die Weichsel stoßender Außendeich. Nach der Behauptung des Fiscus wird die Grenze zwischen den Außendeichsländereien und dem Strombette durch den hohen Uferrand und den mittleren Sommerwasserstand bezeichnet. Im Sommer des Jahres 1857 soll wegen niedrigen Wasserstandes das Strombett der Weichsel zeitweise wasserleer gewesen sein, und der W. diesen Umstand benutzt haben, um Steine aus dem Flußbette herausholen zu lassen. Der Fiscus macht Anspruch auf diese Steine, weil die Weichsel ein öffentlicher Fluß sei, und hat bei der Weigerung des W., dieselben herauszugeben, klagend dahin angetragen:

den Verklagten zu verurtheilen, das Eigenthum des Fiscus an den, von ihm im Sommer des Jahres 1857 auf fiscalischem Gebiete gerodeten 63 Schachtruthen Steine anzuerkennen und solche dem Fiscus gegen Erstattung des Gräberlohns herauszugeben, eventuell dem Fiscus den Werth der Steine mit 10 Thlrn. für die Schachtruthe nach Abzug der Rodungskosten zu erstatten.

Der Verklagte hat diesem Antrage widersprochen und die Abweisung des Klägers verlangt, weil das Strombett nicht Eigenthum des Fiscus sei.

Durch die Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Marienburg vom 8. October 1858 und des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Marienwerder vom 7. April 1859 ist der Fiscus mit seiner Klage abgewiesen.

Der Appellations-Richter, davon ausgehend, daß nach §. 248. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. das Flußbett, das vom Flusse bei einem gewöhnlichen Wasserstande bedeckte

Areal sei, was mit der Ansicht des Fiscus im Wesentlichen zusammenfalle, hat den von dem Letzteren geltend gemachten Unterschied zwischen Ufer und Flußbette für unerheblich erklärt und ausgeführt, daß, weil die Uferbesitzer das zugelandete Flußbette und die Inseln sich zuzueignen befugt seien — §§. 246. und 263. a. a. O. — ihnen auch das mindere Recht zustehen müsse, aus dem zeitweise nicht bedeckten Flußbette sich Steine durch Occupation zuzueignen. In den Rechten, welche dem Fiscus vermöge der Regalität an öffentlichen Flüssen nach §. 38. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. zustehen, sei das Recht auf die Substanz des Flusses nicht enthalten und der Fiscus activ nicht legitimirt, die Herausgabe der Steine, welche Verklagter in dem Flußbette der Weichsel gebrochen habe, zu verlangen.

Der Fiscus hat noch eine Nichtigkeits-Beschwerde einreichen lassen, in welcher die Verletzung der §§. 246., 248., 263. Tit. 9. Thl. I., des §. 21. Tit. 14. und der §§. 38 f. 61., 7. Tit. 15. Thl. II. A. L. R., des §. 4. des Westpreußischen Provinzialrechts und des Präjudizes Nr. 1016. gerügt wird. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat aber am 4. November 1859 diese Beschwerde aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen.

Aus dem §. 248. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. folgert der Appellations-Richter in Ueberstimmung mit dem Fiscus, daß bei Beurtheilung der Frage, was zum Stromufer zu rechnen sei, was nicht, auf den gewöhnlichen Wasserstand Rücksicht zu nehmen sei. Der Fiscus kann daher durch diese Auslegung nicht verletzt sein. Die Beschwerde ist aber auch verfehlt. Denn die Entscheidung erklärt die Unterscheidung zwischen Flußufer und Flußbette

im vorliegenden Falle für unerheblich; sie beruht vielmehr auf den beiden Sätzen:

1) daß das Flußbette ein Eigenthum der Uferbesitzer und nicht des Fiscus ist, und daß die Bestimmungen darüber, wem die im Flusse entstehenden Inseln und das verlassene Flußbette zufallen, darauf zurückschließen lassen, resp. daraus ihre Erklärung finden,
2) daß die Regalität des Staats an den öffentlichen Flüssen nicht so weit ausgedehnt werden kann, daß demselben ein Recht auf die Substanz des Flußbettes zusteht.

Beide Sätze sind bestritten, aber nicht widerlegt.

Die Ufer der Weichsel, eines öffentlichen Flusses, gehören, weil für Westpreußen keine Ausnahme besteht, den Besitzern der unmittelbar daran stoßenden Grundstücke — §. 55. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. — mithin hier dem Verklagten, soweit sein Grundstück die Weichsel berührt. Da nach §. 4. des Westpreußischen Provinzialrechts vom 19. April 1844 Inseln in öffentlichen Flüssen kein Vorbehalt des Staats sind, so kommen bei Berücksichtigung des §. 67. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. die Bestimmungen im §. 242 ff. Tit. 9. Thl. I. ibid. zur Anwendung und nach §. 244. l. c. ist der Besitzer desjenigen Ufers, welchem sie am nächsten liegen, befugt, sich dieselben zuzueignen. Es wird — wie Suarez in der revisio monitorum gegen den Entwurf bemerkt — angenommen, daß die Inseln eine Accession der alvei, der alveus aber eine Continuation des Ufers sei — vergl. Bornemann's System des Preußischen Civilrechts, 2. Ausg. Bd. 2. S. 31. — Hierauf gründet sich das Recht der Uferbesitzer auf die Inseln. So weit ihnen die in einem Flusse entstehenden Inseln gehören, so weit gehört ihnen auch das von dem Wasser

verlassene Flußbett — §§. 263., 270. l. c. —, für welche Bestimmung nur derselbe Grund aufzufinden ist, wenn gleich die Uferbesitzer unter Umständen zur Entschädigung dessen, der durch den neuen Kanal des Flusses an seinem Eigenthum gelitten hat, verpflichtet sein können. Bei öffentlichen Flüssen gelten — wenn dem Staate kein Recht auf die Inseln in denselben zusteht, diese vielmehr den Uferbesitzern gehören — dieselben Grundsätze — §. 67. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. Hieraus ist aber zu folgern, und das genügt zur Abweisung des Fiscus mit seinem Anspruche auf die im Flußbette liegenden Steine, daß auch, so lange der öffentliche Fluß als solcher besteht, zwar das Eigenthum der Uferbesitzer an dem Flußbette, resp. die in demselben enthaltenen Gebrauchs- und Nutzungsrechte durch das Wasser, welches das Bette bedeckt, beschränkt und gehindert werde, der Fiscus aber weder das Eigenthum an dem Flußbette der Weichsel, noch dessen Besitz hat, und es ist daher zur Begründung der Beschwerde über die Anwendung dieser Gesetze durchaus ungenügend, wenn behauptet wird, daß das Flußbette zum Flusse gehöre und von Inseln und verlassenem Flußbette hier nicht die Rede sei.

Ueberdies stehen öffentliche Flüsse im gemeinen Eigenthume des Staats, nicht wie andere einzelne Grundstücke in dessen besonderem Eigenthume — §§. 1 und 21. Tit. 14. Thl. II. A. L. R. — Sie sind ihrem Wesen nach zum Gebrauche für Jedermann bestimmt, soweit der Staat diesen Gebrauch sich nicht vorbehalten oder sonst beschränkt hat, mithin res publicae, aber nicht res fisci; nur die davon zu ziehenden Nutzungen, sowie Alles, was Gegenstand des Wasser-Regals ist — §. 24 ff. Tit. 14., und §. 38 ff. Tit. 15. a. a. O. — können als ein Gegenstand des besonderen Eigenthums des Fiscus angesehen werden. Zu

den Nutzungen des Stromes als solchen, die den Gegenstand des Fluß-Regals bilden, gehören aber die im Flußbette befindlichen Steine nicht, mithin hat der Fiscus keinen Anspruch auf dieselben.

Aus diesen Gründen ist auch der Rechtsgrundsatz: „das Flußbette eines öffentlichen Flusses ist nicht Gegenstand des besonderen Eigenthums des Fiscus" — Nr. 1016. Präj.-Samml. Thl. I. S. 212. — hervorgegangen und mit demselben hat der Appellations-Richter sich so wenig in Widerspruch gesetzt, als er den §. 21. Tit. 14. und §. 65. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. verletzt hat. Die Beschwerde hat daher zurückgewiesen werden müssen.

№ 8.

Anfang und Unterbrechung der Verjährung.

1) Liegt der sich auf die Verjährung berufenden Partei der Beweis ob, daß der, gegen den die Verjährung angefangen haben soll, Kenntniß von der Handlung oder Begebenheit gehabt habe, auf welche sich sein Recht gründet?
2) Genügt die auf den Grund einer bloß vermutheten Vollmacht bei einem ungehörigen Richter eingereichte, dem Besitzer jedoch nachrichtlich insinuirte Klageanmeldung, auch in dem Falle zur Unterbrechung der Ersitzung, wenn die

Sache nicht weiter verfolgt ist, so daß mit Reposition der Acten zu verfahren war?

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 512. bis 514., 551. bis 554., 603. bis 607., 610.

A. G. O. Thl. I. Tit. 3. §. 29.

Am 15. Mai 1813 starb zu Münster der kinderlose Wittwer Oberst v. S. und hinterließ als nächste Intestaterben eine Schwester, Freifrau v. L. und die Descendenz eines im Jahre 1794 verstorbenen Bruders, zu welcher die Richterin L., geborene v. S., und ihre Schwester Wilhelmine v. S. gehörten. Bei der vom Richter am Todestage vorgenommenen Siegelung des Nachlasses des Obersten v. S. fand sich im Sterbehause ein angeblich vom Erblasser ge- und unterschriebenes Testament vom 30. September 1810 vor, dessen Siegel unverletzt waren. Dasselbe wurde laut Verhandlung vom 18. Mai 1813 gehörig publicirt, einregistrirt und bei einem Notar deponirt. In diesem Testamente war der Sohn jener Schwester des Erblassers, Clemens v. L., Vater der Verklagten, zum Universalerben ernannt, und der jetzigen Klägerin, Richterin L., und ihrer Schwester Wilhelmine v. S., jeder ein Legat von 400 Thlr. ausgesetzt. Die Klägerin hat diese Legate für sich und ihre Schwester von dem eingesetzten Erben, der sich gleich nach dem Tode des Erblassers in den Besitz des Nachlasses setzte, in den Jahren 1822 bis 1829 in Ratenzahlungen erhalten, und darüber am 15. Februar 1830 eine notarielle Quittung ausgestellt, in welcher sie, unter Bezugnahme auf das ihr und ihrer Schwester im §. 7. des besagten Testaments ausgesetzte Vermächtniß, erklärte, daß sie diese Legate sowohl für sich als ihre Schwester mit

800 Thlr. nebst Zinsen von dem Clemens v. L. baar empfangen habe, darüber nicht nur für sich, sondern auch Namens ihrer Schwester quittirte und sich verbindlich machte, sobald es nur immer geschehen könne, die Quittung ihrer Schwester über die Einzahlung des gedachten Legats ebenfalls einzureichen.

Am 18. März 1843 meldete sie jedoch beim damaligen Ober-Landesgerichte in Münster für sich und als präsumtive Bevollmächtigte ihrer verschollenen Schwester gegen den testamentarischen Erben eine Klage auf Herausgabe der Hälfte des Nachlasses an, und Abschrift dieser Klageanmeldung wurde demselben am 29. desselben Monats nachrichtlich insinuirt. Sie klagte darauf, nachdem sie mit ihrer Provocation auf Erbregulirung von dem gedachten Obergerichte, wegen Incompetenz, zurückgewiesen war, in einem Vorproceß im Gerichtsstande des Verklagten, Clemens v. L., unter der Behauptung, daß das Testament nichtig sei, ihre eigene Intestatportion mit einem Sechstel ein, wurde jedoch in zwei Instanzen rechtskräftig auf den Grund des §. 612. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. abgewiesen, weil sie das Legat ohne Vorbehalt angenommen und dadurch das Testament anerkannt habe. Darauf forderte sie nun, als Erbin ihrer unterm 16. April 1855 für todt erklärten Schwester Wilhelmine, unter Nichtanerkennung des Testaments, deren Intestatportion nebst sämmtlichen Früchten seit dem Todestage des Erblassers von den Söhnen und Nachfolgern des Clemens v. L.

Das Kreisgericht zu Soest erkannte jedoch nach dem Antrage der Verklagten, auf die Abweisung der Klage, weil ihr, als Erbin ihrer Schwester ohne Vorbehalt, die Annahme der Legate nebst der Quittungsleistung und das darin liegende Anerkenntniß des Testaments auch hier im

Wege stehe. Auf die Appellation der Klägerin erkannte hingegen das Appellations-Gericht zu Hamm am 6. Juni 1859 in der Hauptsache abändernd, indem es der Klägerin, als Erbin ihrer Schwester, den vierten Theil des Nachlasses des Obersten v. S. nebst den Früchten vom Tage der Klage-Insinuation zusprach und dieselbe nur mit ihrer Mehrforderung an Früchten abwies. Dasselbe verwarf sowohl den von den Verklagten erhobenen Einwand der Verjährung, als auch den Einwand des Anerkenntnisses, da sich das Anerkenntniß der Klägerin nur auf ihre eigenen damaligen Erbansprüche habe beziehen können, nicht aber auf die Erbansprüche ihrer damals noch lebenden Schwester, welche von jener Zahlung nichts gewußt habe; den Beweis der Aechtheit des von der Klägerin nicht anerkannten Testaments durch Vergleichung der Handschriften hielt es aber für nicht statthaft, weil nicht unstreitig von der Hand des Testators herrührende Schriften, d. h. gerichtlich recognoscirte, beigebracht seien.

Auf die Revision der Verklagten hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 20. Februar 1860 das Urtel erster Instanz wieder hergestellt und dadurch zugleich die von der Klägerin wegen der aberkannten Früchte erhobene Richtigkeits-Beschwerde für erledigt erachtet.

Gründe.

Klägerin verlangt, als Erbin ihrer Schwester, Wilhelmine v. S., deren Intestatportion aus dem Nachlasse ihres Oheims, des Obersten v. S. Verklagte setzen diesem Anspruch den Einwand der erlöschenden und erwerbenden Verjährung entgegen, weil ihr Vater, Clemens v. L., über dreißig Jahre im redlichen Besitze des Nachlasses gewesen sei.

Der Appellations-Richter hat diese Einwendungen ver-

worfen, weil in Betreff des ersteren nicht nachgewiesen sei, daß die 1851 für todt erklärte Wilhelmine v. S. jemals von dem Erbanfall Kenntniß gehabt habe, weil in Betreff der Ersitzung bei der Beweislosigkeit des Testaments vom 30. September 1830 der Titel fehle, und weil jede Verjährung durch die Klageanmeldung vom 19. März 1843 auch für die mitberechtigte Schwester unterbrochen sei.

Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden.

Zunächst hat die Klägerin selbst angegeben, daß ihre Schwester sich bis zum Jahre 1813 in Prag aufgehalten habe und noch im Jahre 1815 von Glogau aus an ihre Mutter geschrieben haben soll. Auch ist in dem von der Klägerin eingereichten Justiz-Ministerial-Rescript vom 18. October 1836 gesagt, daß Wilhelmine v. S. im Jahre 1815 nach Rußland gegangen sei.

Dieselbe war also zur Zeit des Erbanfalls, den 15. Mai 1813, noch nicht verschollen. Nach dem Code civil, welcher hier in Betreff des Anfangs der Verjährung Anwendung findet, da der Todesfall und die Besitzergreifung des Nachlasses unter seiner Herrschaft sich ereignet hat, und der §. 12. des Publications-Patents vom 9. September 1814, nach welchem auf die vor dem 1. Januar 1815 angefangene, aber noch nicht vollendete Verjährung die Vorschriften des Allg. Landrechts zur Anwendung gebracht werden sollen, eine laufende, also nach den früheren Gesetzen bereits angefangene Verjährung voraussetzt — (Präjudiz Nr. 926. — Entscheid. Bd. 6. S. 317., Bd. 18. S. 137., — §. 14. der Einleitung zum A. L. R.) — wird die Verjährung dadurch nicht ausgeschlossen, daß der durch sie Verlierende abwesend gewesen und deshalb keine Kenntniß von seinem Rechte erhalten habe. — (Artikel 2251. und 137. Code civil.).

Aber auch nach dem Allg. Landrecht stand die Abwesenheit der Schwester der Klägerin dem Eintritt und dem Fortlauf der Verjährung nicht im Wege. Dasselbe verordnet allerdings im §. 512. Tit. 9. Thl. I.

> Keine Art der Verjährung kann gegen den anfangen, welcher von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können,

fügt jedoch im §. 513. hinzu:

> daß Jemand von seinem Rechte keine Nachricht erhalten können, wird nicht vermuthet.

Diese Vermuthung steht hier den Verklagten zur Seite und Klägerin mußte ihre entgegenstehende Behauptung beweisen. (§. 28. Tit. 13. Thl. I. der A. G. O.). Des Beweises wird sie durch die behauptete Abwesenheit ihrer Schwester nicht überhoben, denn diese allein ist kein Umstand, wodurch die Verjährung ausgeschlossen wird. (§§. 541., 593. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R., Präjudiz vom 2. October 1845 — Entscheidungen Bd. 12. S. 176.). Wenn sich die Klägerin auf dieselbe Entscheidung, sowie auf das Urtel vom 17. December 1851 (Archiv Bd. 3. S. 370.) zur Abwendung des Einwandes der Verjährung beruft, so übersieht sie, daß in jenen Fällen feststand, daß der Berechtigte von seinem Rechte oder von der Begebenheit, auf welche sein Recht sich stützte, keine Kenntniß gehabt habe, indem dann zur Anwendung des §. 512. l. c. nicht der Nachweis für nothwendig erachtet wurde, daß es dem Berechtigten durchaus unmöglich gewesen sein müsse, von seinem Rechte Kenntniß zu erlangen. Im vorliegenden Falle steht es aber keinesweges fest, daß die Schwester der Klägerin von dem fraglichen Erbfall keine Kenntniß erhalten habe, und die Vermuthung streitet nach §. 513. l. c. dafür, daß sie davon Kenntniß erhalten habe.

Ebenso unbegründet erscheint der fernere Einwand der Klägerin, daß keine Verjährung begonnen habe, oder doch wenigstens ihr Anfangspunkt nicht festgestellt sei, weil Clemens v. L. nicht nach Vorschrift des Art. 1008. des Code civil sich in den Besitz des Nachlasses habe einweisen lassen, mithin ihn nicht als *sein eigen*, sondern als Intestaterbe besitze. Denn jener Artikel enthält ein solches Präjudiz nicht. Eine Auslegung desselben in diesem Sinne würde überdies mit der ganzen Lehre vom Besitz und seinen Folgen im Widerspruch stehen. (Art. 2228. des Code civil, §§. 1. bis 5. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R.)

Auch ist festgestellt, daß sich im Sterbehause ein angeblich vom Erblasser geschriebenes Testament vorgefunden hat, in welchem Clemens v. L. zum Universalerben ernannt ist, daß derselbe über den Nachlaß disponirte und die dort ausgesetzten Legate bezahlte. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, so lange nicht das Gegentheil von der Klägerin bewiesen ist, daß der Vater der Verklagten, der sich *unbestritten* gleich nach dem Tode des Erblassers in den Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, denselben nicht als Intestaterbe, sondern auf Grund des Testaments, also als *sein eigen* ergriffen habe. Von diesem Augenblicke an hatten die Intestaterben Veranlassung, die Herausgabe ihrer Intestatportion zu verlangen. (§. 545. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R.)

Beide Arten der Verjährung haben sonach spätestens mit dem Tage der Testaments-Publication, den 18. Mai 1813, begonnen. Ein Titel zum Beginne der dreißigjährigen Ersitzung wird vom Appellations-Richter mit Unrecht verlangt. (Art. 2262. des Code civil, §. 625. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R.)

Die begonnene Verjährung erscheint sodann durch die

Klageanmeldung vom 19. März 1843 nicht unterbrochen. Es verordnet zwar der §. 575. l. c., auf welchen der zweite Richter seine Entscheidung stützt:

> Bei mehreren Miteigenthümern untheilbarer oder gemeinschaftlich besessener Sachen und Rechte kommt das, was in Ansehung des einen Mitberechtigten die Verjährung hindert, oder unterbricht, in Ansehung derselben Sache oder Rechts auch den übrigen zu statten;

allein hier liegt ein derartiges Recht nicht vor. Klägerin und ihre Schwester hatten jede für sich ein gleiches verfolgbares Recht, auf Anerkennung ihres Erbrechts mit der hereditatis petitio partiaria zu klagen, und die Herausgabe ihrer Intestatportion zu verlangen; ein Anspruch, der ein jeder für sich der Verjährung eintretenden Falles unterworfen war. (Entscheidungen Bd. 22. S. 32.) Diese Rechte sind also von einander vollständig unabhängig, so daß das eine erhalten werden, das andere untergehen kann. Die Klägerin selbst hat beide Rechte in verschiedenen Klagen selbstständig geltend gemacht.

Sodann hat Klägerin das der Schwester zustehende Recht erst mit der jetzigen Klage ausgeübt. Sie meldete zwar eine Klage auf Herausgabe des Nachlasses für sich und ihre Schwester unterm 19. März 1843 an, welche Klageanmeldung zufolge Decrets vom 29. März 1844 dem Vater der Verklagten in Abschrift nachrichtlich insinuirt wurde, stellte demnächst aber, nachdem der incompetente Richter sie wegen seiner Incompetenz mit ihrer in ihrem Namen angebrachten Provocation auf Erbregulirung de praes. den 27. Juni 1844 zurückgewiesen hatte, innerhalb eines Jahres auch nur ihre eigene Klage beim competenten Richter an. In dieser Anmeldung der Klage vor dem ungehörigen Richter, welcher demnächst jene Pro-

cation wegen seiner Incompetenz zurückwies und dadurch auch rücksichtlich jener Anmeldung einen Irrthum dahin nicht weiter gestattete, daß die Klage beim gehörigen Richter angemeldet worden, konnte schon an und für sich eine Unterbrechung der Verjährung nach den §§. 551—555 Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. füglich nicht gefunden werden. Außerdem gestattete der Klägerin zwar das Gesetz die Klage für ihre Schwester anzumelden, da hier ein keinen Aufschub leidendes Geschäft vorlag (§. 119. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R., §. 25 ff. Tit. 3. Thl. I. der A. G. O.); allein erst durch die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung derselben konnte jene Anmeldung von rechtlichem Erfolge sein. (§§. 124.—127. Tit. 13. l. c., §. 29. Tit. 3. Thl. I. der A. G. O.) Eine solche Genehmigung ist nicht vorhanden, und sie konnte in der erst im Jahre 1851 erfolgten Beerbung ihrer Schwester Seitens der Klägerin um so weniger gefunden werden, als die Klägerin, um anderer Seits den Einwand des Anerkenntnisses nach §. 612. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. von sich abzuwenden, ausdrücklich geltend macht, daß sie von ihrer Schwester nicht bevollmächtigt gewesen sei. Die entgegengesetzte Annahme würde überdies dahin führen, daß man folgerecht auch den §. 612. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. gegen die Klägerin als Erbin ohne Vorbehalt ihrer Schwester anwenden müßte, was die Abweisung der Klage ebenfalls rechtfertigen würde. Denn da die Klägerin nicht allein ihr Legat, sondern auch das ihrer Schwester in dem angefochtenen Testamente ausgesetzte Legat für dieselbe, zufolge der Quittung vom 15. Februar 1830, ohne Vorbehalt angenommen hatte, eine Handlung, aus welcher bei ihrer im Vorprocesse festgestellten Kenntniß von dem Testamente ein ausdrückliches Anerkenntniß des Testa-

ments gesetzlich folgte, so würde man ihr als Erbin ihrer Schwester auch nicht gestatten können, sich auf den Mangel einer ihr von ihrer Schwester hierzu ertheilten Vollmacht zu berufen.

Bei Anstellung der jetzigen Klage, den 4. Juli 1857, war der für die erlöschende Verjährung vorgeschriebene Zeitraum längst abgelaufen, und hierdurch das Recht der Wilhemine v. S. untergegangen. (§§. 546., 501., 502., 568. Tit. 9., §. 7. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.)

Auch die Ersitzung erscheint durch jene Klageanmeldung nicht unterbrochen. Das Gesetz verordnet zwar, daß durch die Insinuation der Klageanmeldung die Verjährung durch Besitz unterbrochen werde und niemals wieder anfangen könne, wenn die Klage dem Besitzer einmal gehörig bekannt gemacht worden (§§. 603., 607. Tit. 9. Thl. I. A. L. R.). Allein außer den oben gedachten Mängeln der Anmeldung (cfr. §. 610. a. a. O.) kommt hier die Ausnahmebestimmung des §. 605. l. c., daß die Verjährung nicht unterbrochen sein soll, wenn Kläger den Betrieb der Sache dergestalt liegen läßt, daß der Richter nach der Prozeß-Ordnung mit Reposition der Acten zu verfahren berechtigt gewesen, in Anwendung (Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. III. S. 540., 544., 674.). Hier ist die bloß angemeldete Klage nicht fortgesetzt und jene Anmeldung längst reponirt worden, mithin offenbar der Fall des §. 605. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R., mit Rücksicht auf §. 20. Tit. 4. der Proceß-Ordnung, vorhanden.

Endlich soll nach Ausführung der Klägerin der Besitz des Clemens v. L. ein unredlicher gewesen, und hierdurch die Ersitzung ausgeschlossen sein. Da jedoch die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes spricht, so mußte Klägerin den Beweis für ihre Behauptung führen (§§. 18.

und 179. Tit. 7., §. 628. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R.). Dieser Beweis ist ihr nicht gelungen. Sie hat darauf hingewiesen, daß Clemens v. L. beim Erbanfall Kenntniß von der Existenz der übrigen gleich nahen Intestaterben gehabt habe, und daß er also um so mehr Grund hatte, die Vorschrift des Art. 1008. des Code civil zu beobachten. Die erste Behauptung erscheint unerheblich, denn der Erbe aus einem in publicirter Form vorliegenden Testamente hatte beim Mangel an Pflichttheilsberechtigten keine Veranlassung, auf das Dasein irgend welcher anderer Intestaterben Rücksicht zu nehmen (Art. 1004. und 1006. des Code civil). Die Nichtbeachtung des Art. 1008. l. c. aber hat das französische Gesetz mit keinem besonderen Rechtsnachtheil bedroht (Zachariä Handbuch des franz. Civil-Rechts IV. S. 327). Jedenfalls ist nicht erwiesen, daß der Erbe bei der Besitzergreifung die Ungültigkeit seines Titels kannte (Art. 550. des Code civil; §. 11. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R.). Die Ersitzung ist mithin auch beendet und der Besitzer dadurch Eigenthümer des Nachlasses geworden (§§. 625., 665. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R.). Dieses Eigenthum erstreckte sich auf alle Accessorien (§. 667. l. c. §. 108. der Einleitung zum A. L. R.).

Hieraus ergiebt sich, ohne daß es eines näheren Eingehens auf die weiteren Auslassungen der Parteien bedarf, daß die Klage mit dem ersten Richter abzuweisen und hiermit zugleich die als Revision zu behandelnde Nichtigkeits-Beschwerde der Klägerin in Betreff der ihr aberkannten Nutzungen, für erledigt zu erachten war.

№ 9.

Wiederkaufsrecht.

Muß der dritte Erwerber eines Grundstücks, welcher von einem bezüglich desselben vorbehaltenen Wiederkaufsrechte Kenntniß erhalten hatte, das Eigenthum auf den Wiederkaufsberechtigten durch Vertrag übertragen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 264. 265. und 311.

Mittelst notariellen Vertrages vom 29. Mai 1856 verkaufte und übergab der Häusler H. an den Gastwirth L. mehrere ihm gehörige Grundstücke für den Gesammtpreis von 703 Thlrn., welcher durch Uebernahme einer gleich großen Summe darauf haftender Hypothekenschulden Seitens des Käufers berichtigt ward.

Unter gleichen Bedingungen übergab Tags darauf L. eben diese Grundstücke an seinen Stief- oder Schwiegersohn, den Gastwirth A.

Beide Kaufverträge sind nach Angabe des H. nur zum Schein abgeschlossen; bei Aufnahme des ersten Kaufvertrages sei nämlich zwischen ihm und dem L. ein schriftliches, später ohne seinen Willen vernichtetes Nebenabkommen getroffen worden, worin sich L. verpflichtete:

> ihm binnen sechs Jahren, auf sein Verlangen zu jeder Zeit, die ihm verkauften Realitäten für denselben Kaufpreis von 703 Thlrn., resp. für die von ihm ad rationem pretii übernommenen Schuldposten zusammen von 703 Thlrn., zurück zu verkaufen und zu retradiren.

A. soll vor oder bei Errichtung seines Kaufvertrages mit L. durch diesen Kenntniß von der Existenz des Nebenabkommens erhalten haben. H. wurde deshalb gegen L. und A. dahin klagbar:

> dieselben für schuldig zu erachten, ihm die gedachten Grundstücke für den Preis von 703 Thlrn., und zwar gegen Uebernahme der darauf intabulirten Schuldposten von 703 Thlr., zurück zu verkaufen.

Zugleich wurde auf den Antrag des H., der behauptete, A. sei vermögenslos und im Begriff, die Grundstücke zu veräußern, auf den noch in A.'s Händen befindlichen Grundstücken im Wege des Arrestes eine protestatio de non disponendo eingetragen. Nachdem über den Kläger H., als Zuchthaussträfling, eine Vormundschaft eingeleitet worden, trat dessen Vormund der Klage bei. L. ward in contumaciam dem Klageantrage gemäß verurtheilt. Der Mitverklagte A. bestritt die Simulation bezüglich der beiden Kaufverträge, die Existenz des Nebenabkommens und seine Kenntniß davon, und beantragte Abweisung des Klägers und Löschung der Protestation.

Das Kreisgericht zu Ratibor erkannte, nach veranlaßter Beweisnahme, auf Abweisung des Klägers gegen A. und Löschung der eingetragenen Arrestprotestation; weil die Kenntniß des Mitverklagten A. von dem Wiederkaufsvertrage vor oder bei Abschluß seines Kaufvertrages mit L. nicht erwiesen worden sei.

Gegen dies Erkenntniß appellirte der Kläger. Das Appellations-Gericht zu Ratibor hat jedoch ohne Weiteres das erste Urtel bestätigt. In den Gründen ward ausgeführt:

> Der vermeintlichen Simulation fehle jede factische Unterlage; auf Grund des Wiederkaufs-Vertrages aber

könne A., selbst wenn er Kenntniß davon gehabt, nur als unredlicher Besitzer, nicht aber auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch genommen werden; das Klagepetitum sei also vollständig verfehlt.

Dagegen erhob der Kläger die Richtigkeits-Beschwerde. Als verletzt bezeichnete er die §§. 311. und 264. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R., aus denen hervorgehe, daß auch der Dritte sich die rechtlichen Folgen des ihm bekannt gemachten Wiederkaufsrechts müsse gefallen lassen. Dieser Angriff wurde durch das Erkenntniß des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 8. April 1859 für begründet erachtet, und, unter Vernichtung des zweiten und Abänderung des ersten Urtels, die Entscheidung von einem Erfüllungseide des klägerischen Vormundes in Betreff der Kenntniß des A. von dem vorbehaltenen Wiederkaufsrechte abhängig gemacht.

Gründe.

Das Wesen des Wiederkaufrechts bestehet nach den §§. 296 ff. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. in der einem Kaufvertrage beigefügten Nebenabrede, daß der Käufer verbunden sein soll, den gekauften Gegenstand dem Verkäufer entweder für denselben Preis oder für eine anderweit festgesetzte Summe zu seiner Zeit wieder zu verkaufen. Wie nach gemeinem Rechte (vergl. Puchta, Pandecten §. 360.) gewinnt also auch zufolge des Allg. Landrechts der Käufer auf Wiederverkauf volles Recht an der Sache und ist nur obligatorisch verpflichtet, mit dem Verkäufer einen neuen Rückkaufskontract abzuschließen. Diese seine obligatorische Verpflichtung gehet an sich auf den dritten Erwerber der Sache nicht über, vielmehr nur dann, wenn Letzterer dieselbe gekannt hat, oder, weil sie eingetragen war, hat kennen müssen (§§. 264., 265., 311.

Tit. 11. Thl. I. des A. L. R.). Tritt aber dieser Ausnahmefall ein, so äußert sich derselbe eben darin, daß der Dritte jene persönliche Verpflichtung gerade so, wie der ursprüngliche Verpflichtete, zu erfüllen, also auch den Rückkaufsvertrag abzuschließen hat. Dies ist auch bei dem analogen Vorkaufsrechte bereits in den Entscheidungen Band 39. S. 150. ausgeführt worden.

Wenn daher der vorige Richter selbst für den Fall der mala fides den Dritten — hier den Verklagten — zur Erfüllung des Wiederkaufsvertrages nicht für verpflichtet hält, so verletzt er jene Gesetze und seine Entscheidung erscheint als hinfällig.

In der Sache selbst bieten die Zeugen-Aussagen, die Bezüchtigung des L. und der Umstand, daß die Verträge in gleichmäßiger Weise im Zwischenraum von nur Einem Tage auf einander folgten, genügenden Grund dar, um den Vormund des Klägers bezüglich der mala fides des Verklagten zum Erfüllungseide zu verstatten.

№ 10.

Verpflichtung des dritten Besitzers eines Grundstücks aus einem darauf eingetragenen Altentheils-Vertrage.

Ob bei Beurtheilung der Verpflichtung des dritten Besitzers eines Grundstücks, aus einem auf dasselbe eingetragenen Altentheils-Vertrage, die, von dem Inhalte des Originals abweichende Ausfertigung

des Vertrages entscheide, welche dem Hypotheken-Richter bei der Eintragung desselben vorgelegen hat?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 602., Tit. 4. §. 19., Tit. 21. §. 5.

Gesetz, betreffend einige Abänderungen der Hypotheken-Ordnung vom 24. Mai 1853 (Ges.-Samml. S. 521.) §. 2.

In dem §. 2. des gerichtlichen Vertrages vom 5/18. April 1853 ist für die verw. Z., jetzt wieder verehelichte Gärtner B. von ihrem Sohne Jacob Z., als Uebernehmer der zum Nachlasse gehörigen Freigärtnerstelle zu G., ein Ausgedinge, namentlich auch

ein 14 preußische Metzen Aussaat großes Stück Land zwischen dem Flusse Pietrowka und den Pfarräckern

festgesetzt. Bei Berichtigung des Besitztitels für den Jacob Z. ist dasselbe in der zweiten Rubrik mit dem Vermerk:

Ein im §. 2. des gerichtlichen Vertrages vom 5/18. April 1853 näher beschriebenes Ausgedinge

eingetragen. Der Freigärtner F., welcher später die gedachte Freigärtnerstelle erworben, gestattete der verehelichten Gärtner B. die Benutzung des bezeichneten Stück Landes nur in der Ausdehnung von einer Metze Aussaat, und in Folge hiervon trug sie darauf an, denselben zu verurtheilen, das bezeichnete Ackerstück von 14 Metzen Aussaat an sie zur Ausübung des ihr daran lebenslänglich zustehenden Nießbrauchs herauszugeben, und ihr als Entschädigung für die ihr im Jahre 1857 entzogene Nutzung desselben die Summe von 18 Thlrn. zu zahlen. Diesen Anträgen gemäß wurde der Verklagte auch, nur unter Herabsetzung der Entschädigungsforderung auf den Betrag von 15 Thlrn.

11 Sgr., durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Rybnick vom 7. Februar 1858 verurtheilt.

Auf die dagegen vom Verklagten eingelegte Appellation aber erkannte das Appellations-Gericht zu Ratibor am 20. December 1858 abändernd auf Abweisung der Klägerin mit beiden Anträgen.

Diese Entscheidung ist auf den vom Appellations-Richter für erwiesen und durchgreifend erachteten Einwand des Verklagten gegründet, daß in der Ausfertigung des Vertrages vom 5/18. April 1853, welche dem Hypotheken-Richter bei Eintragung des Altentheils vorgelegen, an der betreffenden Stelle nur: „eine preußische Metze Aussaat großes Stück Landes ꝛc." gestanden, für den Umfang der Eintragung aber diese Ausfertigung des Vertrages bestimmend sein müsse, und dem Verklagten als bloß dinglich Verpflichteten daher die Gewährung eines größeren Flächenraums, als von einer preußischen Metze Aussaat, nicht zugemuthet werden könne.

Auf die von der Klägerin eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der zweite Senat des Ober-Tribunals am 1. November 1859 das Appellations-Urtel vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt. Die

Gründe

dieses Urtels lauten, soweit sie den obigen Entscheidungsgrund des Appellations-Richters und den dagegen gerichteten Angriff betreffen, dahin:

Der Appellations-Richter erkennt an, daß in dem Original des gerichtlichen Vertrages vom 5/18. April 1853 und namentlich in dessen §. 2. der Klägerin von dem Uebernehmer der jetzt dem Verklagten gehörigen Freigärtnerstelle Nr. 2. zu G. ein Ausgedinge stipulirt worden, und daß unter den als solches zu gewährenden Leistungen sub h.

„ein 14 preußische Metzen Aussaat großes Stück Land zwischen dem Fluß Pietrowka und den Pfarrländereien" aufgeführt ist. Er verwirft auch den Einwand des Verklagten, daß die Zahl 14 erst später hineingeschrieben worden sei. Ferner erkennt der Appellations-Richter an, daß im Hypothekenbuche auf dem gedachten Grundstücke sub Rubr. II. ein Vermerk eingetragen ist, welcher dahin lautet:

Ein im §. 2. des gerichtlichen Vertrages vom 5/18. April 1853 näher beschriebenes Ausgedinge für die Wittwe S. (Klägerin), eingetragen auf Grund jenes Vertrages ex decreto vom 4. Mai 1853.

Dessen ungeachtet weiset der Appellations-Richter unter Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz die Anträge ad pass. I. und II. der Klage zurück. Diese Entscheidung gründet derselbe auf den von ihm für erwiesen erachteten Umstand, daß in der Ausfertigung des Vertrages vom 5/18. April 1853, auf Grund deren die gedachte Eintragung erfolgt ist, zur Zeit der Letzteren an der betreffenden Stelle nur gestanden: „eine preußische Metze Aussaat großes Stück Land", indem er annimmt, daß für den Umfang der Eintragung, durch welche allein die Verpflichtung des Verklagten, als dritten Besitzers, bedingt werde, nur dasjenige Document, welches dem Hypotheken-Richter bei der Eintragung vorgelegen, bestimmend sein könne. Diese Argumentation ist aber eine irrige. Nach §. 19. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. kann Niemand mit der Unwissenheit einer im Hypothekenbuche eingetragenen Verfügung sich entschuldigen, und aus den Bestimmungen der §§. 4. und 5. Tit. 21. a. a. O. ergiebt sich als Rechtsgrundsatz, daß Nutzungsrechte, welche in das Hypothekenbuch eingetragen sind, als dingliche gegen jeden Besitzer des betreffenden Grundstücks geltend gemacht werden können. Hiernach kann für die

Beurtheilung dessen, welche Verfügung, welches Nutzungsrecht und in welchem Umfange dieselben in das Hypothekenbuch für eingetragen zu erachten, nur dieses, der darin enthaltene Vermerk und das, was in diesem in Bezug genommen ist, zum Anhalt dienen.

Da nun im vorliegenden Falle der betreffende Vermerk im Hypothekenbuche so, wie oben angegeben, lautet, so muß und kann allein auf den Inhalt des darin in Bezug genommenen Vertrages über den wiederum das Original des Vertrages entscheidend ist, zurückgegangen werden, um den Umfang des als eingetragen zu erachtenden Ausgedinges festzustellen. Hiergegen fehlt der Appellations-Richter, wenn er die Wirkung der Eintragung nicht nach dem Vertrage vom 5/18. April 1853, sondern nach einer Ausfertigung desselben beurtheilt, welche zur Zeit der Eintragung dem Hypotheken-Richter vorgelegen, und auf Grund deren dieser die Eintragung vorgenommen hat. Wenn in der dem Hypotheken-Richter bei der Eintragung vorliegenden Ausfertigung des Vertrages die betreffende Stelle so, wie sie in der davon zurückbehaltenen beglaubten Abschrift enthalten ist, lautete, so kann daraus nur gefolgert werden, der Hypotheken-Richter sei bei der Eintragung davon ausgegangen, daß er das Ausgedinge so, wie es in der ihm vorliegenden Ausfertigung aufgeführt worden, eintrage, auf die Voraussetzung aber, unter welcher der Hypotheken-Richter die Eintragung bewirkt, kann es bei der Beurtheilung der Letzteren nicht ankommen, sondern nur darauf, was wirklich eingetragen ist. Ueberhaupt bilden die Grundacten nicht einen dergestalt integrirenden Theil des Hypothekenbuchs, daß es zulässig wäre, aus ihrem Inhalte den Umfang dessen, was in dem Hypothekenbuche eingetragen ist, gegen die wahre Sachlage festzustellen. Dieses ist auch

nicht durch den §. 2. der Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853 nachgelassen; denn wenn nach diesem bei der Eintragung von Altentheilen oder Auszügen in dem Eintragsvermerke statt der Angabe der einzelnen zu dem Altentheil gehörigen Rechte nur auf die Stellen der Urkunde, durch welche das Altentheil begründet wird, Bezug zu nehmen ist, so ist daraus die ausschließliche Verweisung desjenigen, welcher sich auf Grund des Hypothekenbuchs auf Verhandlungen über das mit dem Altentheil belastete Grundstück einlassen will, auf die Grundacten und die in diesen enthaltenen Abschriften der Urkunden, nicht herzuleiten. Uebrigens hat der Verklagte auch gar nicht behauptet, daß er nach Einsicht der in den Grundacten befindlichen beglaubten Abschrift und mit Rücksicht auf den aus dieser zu folgernden Inhalt des Vertrages vom 5/18. April 1853 den Kauf des betreffenden Grundstücks abgeschlossen habe.

Hiernach erscheint der dem Appellations-Richter in der Nichtigkeits-Beschwerde gemachte Vorwurf, den §. 19. Tit. 4. und die §§. 4. und 5. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. verletzt zu haben, gerechtfertigt.

№ 11.

Paderborn. Anerbenrecht.

Folgt daraus, daß der überlebende Ehegatte und Colon bei einer Auseinandersetzung mit seinen Kindern einem, oder nach einer gewissen Reihefolge mehreren von ihnen, das Anerbenrecht am Colonat zugesichert hat, für sich allein schon, daß derselbe über

das Colonat oder über einzelne Bestandtheile desselben, überhaupt nicht, und namentlich auch unter Lebenden nicht, weiter verfügen kann?

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 624.

Als der im Jahre 1843 verstorbene Colon Bernhard Sch., nach dem Tode seiner Ehefrau, zur zweiten Ehe schreiten wollte, wurde in dem mit seiner Braut und dem Vormunde seiner vier Kinder erster Ehe (einem Sohne und drei Töchtern) geschlossenen Ehe- und Schichtungsvertrage vom 22. Mai 1835 zunächst der zweiten Ehefrau das Sch. Colonat und Vermögen zur mahljährigen Benutzung und Verwaltung bis zum vollendeten dreißigsten Lebensjahre des Anerben, wenn der Vater vorher versterben sollte, eingeräumt, dann mit Rücksicht darauf, daß der Vater zu seinem eigenbehörigen Meiergut verschiedene Allodial-Grundstücke angekauft hatte, für seine vier Kinder ein höherer Brautschatz, als der observanzmäßige, ausgelobt und dem Sohne dabei das Anerbenrecht in das Sch. Colonat und Vermögen, sowie auch eventuell den übrigen Kindern nach der gewöhnlichen Reihefolge zugesichert, auch die hypothekarische Eintragung dieser stipulirten Vermögensrechte der Kinder auf das Sch. Grundvermögen, welches dafür zum Pfand gesetzt ward, ausbedungen. Demnächst wurde im Hypothekenbuche des Colonats eingetragen, daß dem Sohne erster Ehe laut jenes Vertrages das Anerbenrecht vorbehalten sei, und nach dem Tode des Vaters der Besitztitel für den Sohn, als Anerben, berichtigt. Der Vater hatte jedoch vor seinem Tode, mittelst gerichtlichen Vertrages, einer jeden seiner noch lebenden beiden Töchter ein Grundstück für den Fall ihrer Verheirathung unentgeltlich übereignet, welche Schenkung von ihrem Curator accep-

tirt war. Der Anerbe focht diese Schenkung als ungültig an, weil der Vater zu derselben, wegen der Zusicherung des Anerbenrechts in dem Schichtungsvertrage, nicht mehr befugt gewesen sei und beanspruchte, den Geschenknehmern gegenüber, die Anerkennung seines Eigenthums an den fraglichen Grundstücken. Die Verklagten bestritten dagegen, daß ihr Vater durch den Schichtungsvertrag in seinen eigenen Dispositionen über das Colonat und über die gedachten Grundstücke gehindert worden sei und beantragten die Abweisung der Klage, auf welche dann auch in beiden Instanzen von dem Kreisgerichte und Appellations-Gerichte zu Paderborn erkannt wurde. Letzteres begründete sein Urtel vom 1. April 1859 in folgender Art:

Aus der in der Schichtungsverhandlung vom 22. Mai 1835 enthaltenen Bestimmung, daß der Kläger Anerbe sein solle, ihm aber seine Geschwister in der gewöhnlichen Reihefolge als Anerben substituirt sein sollten, folge, daß hier kein neues Anerbenrecht vertragsmäßig constituirt worden, sondern daß es das als bestehend angenommene gesetzliche Anerbenrecht habe sein sollen, welches den Kindern in der Reihefolge ihres gesetzlichen Rechts neben dem Brautschatz verbleiben sollte. Daraus folge also, daß der schichtende Vater und Colon, ungeachtet seines Uebergangs zur zweiten Ehe, nach wie vor Eigenthümer der Vermögens-Substanz habe verbleiben wollen und ein wirksames Anerbenrecht erst mit seinem Tode eingetreten sei. Der Schichtgeber sei daher auch während seiner Lebenszeit über einzelne Realitäten zum Vortheil der anderen Kinder — der Verklagten — zu disponiren wohl befugt gewesen. Selbst wenn das Anerbenrecht als ein nur vertragsmäßig constituirtes angesehen werden könnte, würde der zwischen der Vormundschaft der Kinder und

dem Vater abgeschlossene Schichtungsvertrag als ein Erbvertrag im Sinne des A. L. R. Thl. I. Tit. 12. Abschn. 2. anzusehen sein und auch dann nach §. 624. die Befugniß des Vaters über sein Vermögen noch unter Lebendigen zu verfügen, vollständig zu Recht bestehen. Die vom Kläger hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 17. October 1859 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf einer Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters des dem Klageanspruche zum Grunde liegenden Vertrages vom 22. Mai 1835 und der Schichtung im Allgemeinen (Nichtigkeitsgrund nach Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839), kann für begründet nicht erachtet werden, und eben so wenig der damit verbundene Vorwurf einer Verletzung des §. 270. Tit. 5. und §. 624. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. Da das Anerbenrecht an dem eigenbehörigen Colonat in der gesetzlichen Bedeutung an und für sich nur die Natur eines künftigen bedingten Rechts, eines Erbrechts an sich trägt, das erst dann für den Anerben als ein gegenwärtiges, vollständig erworbenes Recht auf das Colonat in das Leben tritt, wenn das Colonat durch den Tod beider Colonen oder durch Abtretung Seitens derselben zur Wiederbesetzung eröffnet wird, ohne daß der überlebende Ehegatte und Colon, auch wenn er zur anderen Ehe schritt, dadurch in seinen Verfügungen über das Colonat beschränkt wurde (cfr. Präjudiz 1160. — Entscheid. Bd. 8. S. 438.), so kann daraus allein, daß der überlebende Ehegatte und Colon bei einer Auseinandersetzung mit seinen Kindern, einem oder mehreren von ihnen, nach einer gewissen Reihefolge, das Aner-

benrecht zusichert oder vorbehält, noch nicht mit entschiedener Gewißheit entnommen werden, daß der überlebende Parens sich durch diese Zusicherung des Anerbenrechts jeder Disposition und insbesondere auch jeder Verfügung unter Lebenden — worauf es hier allein nur ankommt — über sein Colonat begeben habe. Es kommt bei der Entscheidung dieser Frage über sein Verfügungsrecht auf eine durch die Würdigung der obwaltenden Verhältnisse und den Inhalt der Zusicherungs-Urkunde selbst geleitete Auslegung dieser Urkunde an. Wenn daher der Appellations-Richter bei seiner Auslegung des Vertrages vom 22. Mai 1835 und der darin getroffenen Bestimmung zu 4:

> Dem Joh. Ferd. Jodocus wird dabei das Anerbenrecht in das Sch. Colonat und Vermögen zugesichert und eventuell den übrigen Kindern nach der gewöhnlichen Reihefolge, und kann daher nach abgelaufenen Mahljahren davon Gebrauch machen,

zu dem Resultat gelangt ist, daß hier kein neues Anerbenrecht contractmäßig constituirt worden, sondern daß es das als bestehend angenommene gesetzliche Anerbenrecht habe sein sollen, so daß also der schichtende Vater und Colon, ungeachtet seines Uebergangs zur zweiten Ehe, Eigenthümer der Vermögens-Substanz habe verbleiben wollen, ein wirksames Anerbenrecht erst mit seinem Tode eingetreten sei, und er deshalb auch während seiner Lebenszeit über einzelne Realitäten zum Vortheil der anderen Kinder zu verfügen wohl befugt gewesen sei, eine Befugniß, die ihm nach §. 624. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. auch dann zugestanden haben würde, wenn das Anerbenrecht als ein nur vertragsmäßig constituirtes angesehen werden könnte, da dann der gedachte Vertrag als ein Erbvertrag im Sinne des A. L. R. Thl. I. Tit. 12. zu betrachten sei; so kann

diese richterliche Auffassung und Auslegung der Schichtungsverhandlung und namentlich jener darin enthaltenen, hier in Frage stehenden Bestimmung auf keine Weise durch den Vorwurf eines rechtsgrundsätzlichen Verstoßes im Sinne der Instruction vom 7. April 1839 Nr. 9. im Wege der Nichtigkeits-Beschwerde widerlegt und weggeräumt werden. Die Nichtigkeits-Beschwerde erscheint daher schon deshalb als verfehlt und unstatthaft. - Könnte dies aber noch bezweifelt werden, so würde doch auch materiell der Angriff nicht gerechtfertigt erscheinen. Erwägt man nämlich, daß der Vertrag vom 22. Mai 1835, außer der Eheberedung, an Stelle der s. g. bürgerlichen Schichtung, wesentlich nur, wegen des Vorhandenseins des eigenbehörigen Colonats, eine Auslobung und Sicherstellung des, wegen der vorhandenen Allodialgrundstücke nur erhöheten Brautschatzes aller Kinder erster Ehe als ihre Abfindung, sowie eine Bestimmung der Mahljahre der aufheirathenden Ehefrau bis zum vollendeten dreißigsten Lebensjahre des Anerben, wenn nämlich der Vater vor diesem Zeitpunkte versterben sollte, enthielt, daß ferner der Vater selbst nach dem Provinzialgesetz bis an sein Lebensende Eigenthümer der eigenbehörigen Stätte verblieb, so muß die Annahme durchaus gerechtfertigt erscheinen, daß der Vater durch die gedachte Zusicherung des Anerbenrechts in das Sch. Colonat und Vermögen sich auf jeden Fall — was hier nur entscheidend ist — nicht weiter, als durch einen Erbvertrag hat binden und daher sein Verfügungsrecht über einzelne Bestandtheile des Colonats, wie es hier unter Lebenden ausgeübt worden ist, keineswegs hat aufgeben wollen, solches mithin durch jene Stipulation auch nicht eingebüßt hat.

Die Richtigkeits-Beschwerde war hiernach zurückzuweisen.

№ 12.

Nützliche Verwendung.

Wer zur Zeit der Verwendung lästige Verträge zu schließen unfähig gewesen ist, kann auf Ersatz der Verwendung

a. vor Aufhebung der Unfähigkeit nur in sofern, als er sich noch zur Zeit der Klage im Besitze des Vortheils befindet, und

b. nach Aufhebung der Unfähigkeit nur in sofern in Anspruch genommen werden, als er sich noch bei Aufhebung der Unfähigkeit im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befunden hat. Präjudiz 2709.

A. L. R. Thl. I. Tit. 13. §§. 273. 274.
Präjudiz 684. (Samml. I. S. 80.)

Das Allg. Landr. verordnet in den §§. 273. 274. Tit. 13. Thl. I. in dem Abschnitte von nützlichen Verwendungen:

§. 273. In der Regel ist es hinreichend, die Verbindlichkeit zum Ersatze zu begründen, daß die Verbesserung (der Vermögens-Umstände eines Menschen) durch die geschehene Verwendung einmal bewerkstelligt worden, wenn sie gleich in der Folge wieder verloren gegangen ist.

§. 274. Ein Unfähiger aber kann zum Ersatze nur in so-

fern angehalten werden, als er sich zur Zeit des gerügten Anspruchs noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befindet.

Diese Bestimmungen haben zu Zweifeln darüber Veranlassung gegeben, in welcher Art eine Klage aus der nützlichen Verwendung gegen solche Personen zu begründen sei, welche zur Zeit der Verwendung lästige Verträge zu schließen unfähig gewesen sind. Für nicht bedenklich ist es erachtet worden,

daß, wer zur Zeit der Verwendung zur Abschließung lästiger Verträge unfähig gewesen ist, vor Aufhebung der Unfähigkeit auf Ersatz der Verwendung nur in sofern in Anspruch genommen werden kann, als er sich zur Zeit der Klage noch im Besitze des dadurch bewirkten Vortheils befindet.

Dagegen haben sich verschiedene Ansichten darüber geltend gemacht:

ob und zu welchem Zeitpunkte sich auch derjenige, zur Zeit der Verwendung Unfähige, welcher erst nach Aufhebung der Unfähigkeit auf Ersatz des Vortheils in Anspruch genommen wird, noch im Besitze des Vortheils befinden oder befunden haben muß, wenn seine Ersatzpflicht begründet sein soll.

Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat nämlich am 10. Juni 1839 unter Nr. 684. zum §. 274. cit. ein Präjudiz dahin eintragen lassen:

Diese Vorschrift (§. 274. cit.) findet nur dann Anwendung, wenn der Anspruch aus der nützlichen Verwendung noch während der Unfähigkeit, nicht aber, wenn er nach gehobener Unfähigkeit geltend gemacht wird.

Hiernach soll also derjenige, zur Zeit der Verwendung Unfähige, welcher erst nach Aufhebung der Unfähigkeit auf

Ersatz des Vortheils in Anspruch genommen wird, zu diesem Ersatze auch dann verpflichtet sein, wenn er sich zur Zeit der Klage nicht mehr im Besitze des Vortheils befindet.

Mit dieser Ansicht hat sich der vierte Senat, welcher die Geschäfte des dritten Senats überkommen hat, nicht ferner unbedingt einverstanden erklären können, und er hat daher am 1. December 1859 beschlossen, an Stelle des Präjudizes 684., den in der Ueberschrift enthaltenen Rechtssatz treten zu lassen.

G r ü n d e.

Nach §. 273. cit. ist für die einmal geschehene Verwendung in der Regel selbst dann Ersatz zu leisten, wenn auch der dadurch bewirkte Vortheil später wieder verloren gegangen ist. Von dieser Regel ist im §. 274. cit. eine Ausnahme dahin anerkant, daß „ein Unfähiger" zum Ersatze nur in sofern verpflichtet sein soll, als er sich „zur Zeit des gerügten Anspruchs" noch im Besitze des Vortheils befindet. Diese Ausnahme will das Präjudiz auf den Fall beschränkt wissen, wenn der Unfähige aus der Verwendung v o r Aufhebung der Unfähigkeit in Anspruch genommen wird, — wogegen er n a ch Aufhebung der Unfähigkeit zum Ersatze der Verwendung auch dann verpflichtet sein soll, wenn diese auch schon während der Unfähigkeit wieder verloren gegangen ist. Zur Beschränkung jener Ausnahme in diesem Umfange fehlt es aber an einem ausreichenden Grunde.

In dem Erkenntnisse, welches zu dem Präjudize Veranlassung gegeben hat, wird der Grund für diese Beschränkung darin gefunden, daß im §. 274. cit. nur von der Klage gegen den U n f ä h i g e n, also von der zur Zeit der U n f ä h i g k e i t angestellten Klage die Rede sei, woraus folge, daß die darin gedachte Ausnahme n i c h t Platz greife, es also auf den Besitz des Vortheils n i c h t mehr ankomme,

wenn die Klage erst nach Aufhebung der Unfähigkeit angestellt sei. Diese Auslegung — wonach also unter dem Unfähigen ein solcher verstanden wird, welcher zur Zeit der Klage unfähig ist, — würde aber zu der Folgerung führen, daß auch Derjenige, welcher zur Zeit der Verwendung dispositonsfähig gewesen, später aber unfähig geworden und zur Zeit der Klage noch unfähig ist, nur in sofern in Anspruch genommen werden könnte, als er sich zu dieser Zeit noch im Besitze des Vortheils befindet, — eine Folgerung, welche den Verlust des ursprünglich gesetzlich begründeten Ersatzrechts des Verwenders von einer späteren Zufälligkeit in der Person des Uebernehmers abhängig machen würde, und daher nicht in der Absicht des Gesetzes liegen kann. Jene Auffassung der Eingangsworte: „Ein Unfähiger" widerspricht aber auch in anderer Beziehung der Natur der Sache. Ob nämlich Jemand zur Uebernahme von Verpflichtungen fähig oder unfähig ist, läßt sich überhaupt nur von der Zeit aussagen, zu welcher er Verpflichtungen eingehen soll, oder eingegangen ist. Wenn daher in einem gegebenen Falle von der Unfähigkeit eines Menschen zur Uebernahme von Verpflichtungen die Rede ist, so kann diese seine Eigenschaft nur auf die Zeit bezogen werden, zu welcher er in ein verpflichtendes Verhältniß eintreten soll oder eingetreten ist. Bei der nützlichen Verwendung bildet nun die Zeit der Verwendung den Zeitpunkt, zu welchem die Rechte und Pflichten der Betheiligten begründet werden. Unter den Eingangsworten: „Ein Unfähiger" kann daher auch nur ein Solcher verstanden werden, welcher zur Zeit der Verwendung unfähig gewesen ist, und die Bedeutung des §. 274. cit. ergiebt sich hiernach dahin:

daß, wer zur Zeit der Verwendung unfähig

gewesen ist, zum Ersatze nur in sofern angehalten werden kann, als er sich zur Zeit der Klage noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befindet. Nun ist zwar anzuerkennen, daß auch Derjenige, welcher zur Zeit der Verwendung unfähig gewesen ist, sich aber bei Aufhebung der Unfähigkeit noch im Besitze des Vortheils befunden hat, zum Ersatze selbst dann verpflichtet ist, wenn auch der Vortheil nach Aufhebung der Unfähigkeit bis zur Zeit der Klage wieder verloren gegangen sein sollte; denn von Aufhebung der Unfähigkeit an, befindet sich der bisher unfähige Uebernehmer, welcher sich aber im Besitze des Vortheils erhalten hat, in derselben Lage, wie jeder andere Uebernehmer, und er ist daher auch, von jenem Zeitpunkte an, der Regel des §. 273. cit. unterworfen. Anderer Seits müssen aber auch die Folgen, welche der §. 274. an die Unfähigkeit des Uebernehmers zur Zeit der Verwendung knüpft, zur Geltung kommen, ohne Unterschied, ob der Anspruch aus der Verwendung vor oder nach Aufhebung der Unfähigkeit geltend gemacht wird. Denn wer zur Zeit der Verwendung unfähig ist, der überkommt durch die Verwendung nur eine bedingte Ersatzverbindlichkeit, bedingt nämlich dadurch, daß er sich dereinst zur Zeit der Klage oder bei Aufhebung der Unfähigkeit noch im Besitze des Vortheils befinden wird. Ist aber hierdurch seine Verpflichtung einmal gesetzlich bedingt, so kann die spätere Aufhebung der Unfähigkeit die Natur dieses Schuldverhältnisses nicht verändern, also die ursprünglich nur bedingte Verpflichtung nicht in eine unbedingte Verbindlichkeit verwandeln. Daß dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, kann um so weniger angenommen werden, weil es dann der Willkür des Gläubigers anheim gegeben wäre, die einem solchen Unfähigen zugedachte

Rechtswohlthat dadurch zu vereiteln, daß er die Klage erst nach Aufhebung der Unfähigkeit anstellt.

Hiernach kommt es bei der nützlichen Verwendung für die Ersatzverbindlichkeit des Uebernehmers lediglich auf dessen Fähigkeit oder Unfähigkeit zur Zeit der Verwendung an. Wer zu dieser Zeit lästige Verträge zu schließen fähig ist, der kann zum Ersatze des einmal erlangten Vortheils jederzeit auch dann angehalten werden, wenn auch der Vortheil später wieder verloren gegangen ist. Wer dagegen zur Zeit der Verwendung unfähig gewesen ist, der kann zu deren Ersatze vor Aufhebung der Unfähigkeit nur in sofern, als er sich zur Zeit der Klage noch im Besitze des Vortheils befindet, und nach Aufhebung der Unfähigkeit nur in sofern angehalten werden, als er sich bei Aufhebung der Unfähigkeit noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befunden hat.

Unentschieden soll hierbei bleiben, ob unter der im §. 274. gedachten „Rüge" des Ersatzanspruchs schon eine außergerichtliche Zahlungsaufforderung an den gesetzlichen Vertreter des noch unfähigen Uebernehmers resp. an den dispositionsfähig gewordenen Uebernehmer selbst, oder nur eine förmliche Klage zu verstehen, und ob im letzeren Falle als „Zeit des gerügten Anspruchs" schon der Tag der Präsentation oder erst der Tag der Insinuation der Klage anzusehen sei?

№ 13.

Anspruch des Cessionars einer Hypothekenforderung auf Erstattung der Cessionsvaluta nach erfolgter Ungültigkeitserklärung der Cession.

Finden die gesetzlichen Vorschriften über das Verhältniß des redlichen Besitzers zum vindicirenden Eigenthümer auch bei der Verfolgung von Forderungsrechten gegen den redlichen Cessionar Anwendung, und hat dieser insbesondere Anspruch auf Erstattung der Cessionsvaluta, wenn die Cession für ungültig erkannt wird?

A. L. R. Thl. I. Tit. 15. §§. 1., 3., 25. und 26.
A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §§. 55. und 56.

Auf den Rittergütern C. und Z. stehen für den im Jahre 1852 verstorbenen Hofrath und Kreis-Physicus Dr. M. Rubr. III. Nr. 25. 2000 Thlr. nebst 4½ Procent Zinsen eingetragen. Derselbe hatte in seinem am 12. November 1852 publicirten Testamente seine Kinder, Friederike M. und den nachmaligen Lehrer Friedrich M., zu seinen Erben eingesetzt und sie einander auf die ihren Pflichttheil übersteigende Erbportion für den Fall substituirt, daß eines von ihnen ohne eheliche Descendenz versterben sollte. Auch waren für den Fall des kinderlosen Absterbens Beider weitere Substituten ernannt. In dem Testamente hatte der Testator über eine Menge der bedeutendsten Vermögens-

stücke in der Art verfügt, daß sie einem oder dem anderen der beiden Erben überwiesen wurden; insbesondere wurde die obengedachte Hypothekenforderung von 2000 Thlrn. der Tochter Friederike M. zugetheilt.

Von den Kindern des Testators starb die Tochter Friederike schon am 12. Februar 1854, ohne Hinterlassung ehelicher Descendenten und ihr Bruder Friedrich M. erhielt von der Kreisgerichts-Commission zu Winzig ein Erbeslegitimations-Attest als alleiniger und gesetzlicher Erbe seiner Schwester. Schon vor dem Tode der Letzteren hatte jedoch ein außerehelicher Sohn eines längst verstorbenen Bruders der beiden Geschwister M., der minorenne Eduard August Carl G., welchem die Rechte eines ehelichen Kindes durch rechtskräftiges Erkenntniß beigelegt waren, Erbansprüche auf den Nachlaß des Hofrath Dr. M. erhoben und ein Recht auf den Pflichttheil eines Kindes an dem gedachten Nachlaß erstritten. Desungeachtet cedirte Friedrich M. die mehrgedachte Hypothekenforderung von 2000 Thalern unter dem 17. October 1855 an den Particulier B., von dem sie durch mehrere Zwischencessionen an die Lebens- und Pensions-Versicherungs-Gesellschaft J. zu Hamburg gelangt ist. Dem Antrage der Letzteren auf Umschreibung der Hypothek auf ihren Namen hat der Litiscurator des minorennen G. widersprochen und die Gesellschaft ist deshalb gegen diesen mit dem Antrage klagbar geworden:

> denselben zu diesem Widerspruche nicht für befugt zu erachten und ihn zu verurtheilen, sich die Umschreibung der Hypothek gefallen zu lassen.

Der Verklagte hat aus mehreren Gründen, die kein allgemeines Interesse darbieten, die Ungültigkeit der Cession der in Rede stehenden Hypothek behauptet und nicht nur

die Abweisung der Klage verlangt, sondern auch Wider-
klage mit dem Antrage erhoben:

die unter dem 17. October 1855 ausgestellte Cession für
ungültig zu erklären, und die Widerverklagte zu verur-
theilen, darein zu willigen, daß das Hypotheken-Instru-
ment über die 2000 Thlr. an die Kreisgerichts-Commis-
sion zu W. zur M.'schen Nachlaßmasse gegeben werde.

Das Stadtgericht zu Breslau hat die Klägerin mit ihrem
Antrage abgewiesen, dieselbe jedoch nach dem ebengedachten
Antrage der Widerklage verurtheilt.

Auf die dagegen eingelegte Appellation hat der
Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Breslau, am
12. Februar 1859 das erste Erkenntniß in Bezug auf
die Klage bestätigt, hinsichtlich der Widerklage aber dasselbe
dahin abgeändert:

daß Widerverklagte nur schuldig, gegen Empfang der an
den Banquier R. gezahlten Valuta in die Herausgabe
des Hypotheken-Instruments über die 2000 Thlr.
zu der gedachten Nachlaßmasse zu willigen, die Ermit-
telung der Höhe jener Valuta aber zur ersten Instanz
zurückzuweisen.

Hiergegen hat Widerkläger die Revision eingewandt, in-
dem er sich darüber beschwert, daß Widerverklagte nicht
zur unentgeltlichen Herausgabe des Instruments verur-
theilt worden.

Am 11. November 1859 hat aber der dritte Senat
des Ober-Tribunals auf Bestätigung des Appellations-Er-
kenntnisses erkannt und zwar aus nahstehenden

Gründen:

Die Klägerin und Widerverklagte hat, nachdem ihr
das Appellations-Erkenntniß behändigt worden, ausdrück-

lich erklärt, sich bei demselben beruhigen zu wollen. Die Ungültigkeit der in Rede stehenden Cession ist daher nicht mehr streitig.

Der Verklagte und Widerkläger hat dagegen wegen der in **reconventione** erfolgten Abänderung des ersten Erkenntnisses,

wonach die Widerverklagte nur gegen Erstattung der gezahlten Cessionsvaluta zur Herausgabe des Hypotheken-Instruments über die 2000 Thlr. für schuldig erachtet ist,

die Revision eingelegt und die Wiederherstellung des Erkenntnisses erster Instanz beantragt.

Der Appellations-Richter betrachtet den auf Herausgabe des Hypotheken-Instruments gerichteten Reconventions-Antrag als eine Vindication, indem er bemerkt, dieses Instrument sei nichts Anderes als eine körperliche Sache, welche die Hypothekenforderung repräsentire. Er bringt daher die im Tit. 15. Thl. I. des A. L. R. enthaltenen Vorschriften über Verfolgung des Eigenthums, namentlich die §§. 25. und 26. daselbst zur Anwendung, wonach derjenige, welcher die dem Eigenthümer abhänden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, dieselbe zwar zurückgeben muß, jedoch die Erstattung Dessen fordern kann, was er dafür gegeben oder geleistet hat.

Revident führt dagegen aus: daß die gesetzlichen Vorschriften über das Verhältniß des redlichen Besitzers zum vindicirenden Eigenthümer nicht auf Forderungsrechte Anwendung finden könnten und daß die Cessionsvaluta nicht für das Instrument, sondern für die Forderung gezahlt worden sei.

Das Letztere ist ohne Zweifel richtig, es folgt aber

daraus nicht die Nichtanwendbarkeit der gedachten Vorschriften auf den vorliegenden Fall. —

Wie der Appellations-Richter richtig bemerkt, repräsentirt das Instrument die Forderung, über die es ausgestellt ist, der Besitz des Instruments gebührt der Regel nach demjenigen, dem die Forderung gehört, er ist bloß Folge und Ausfluß des Eigenthums der Forderung. Wiewohl daher im vorliegenden Falle nach Vorstehendem nur noch die Frage streitig ist: ob Widerverklagte verpflichtet sei, das Hypotheken-Instrument über die 2000 Thaler unentgeltlich oder nur gegen Erstattung der Cessionsvaluta herauszugeben? so ist doch diese Frage von Beantwortung einer anderen Frage abhängig, nämlich der: ob Widerkläger befugt sei, die Aufhebung und Rückgängigmachung der Cession, wodurch die in Rede stehende Forderung von dem Friedrich M. veräußert worden, unentgeltlich oder nur gegen Erstattung dessen, was die Widerverklagte dafür gezahlt hat, zu verlangen? und diese Frage muß nach der letzten Alternative, mithin zu Gunsten der Widerverklagten, beantwortet werden. —

Das A. L. R. Thl. I. Tit. 8. §. 1. erkennt auch das Eigenthum von Rechten an und bezeichnet als den Eigenthümer eines Rechtes denjenigen, welcher mit Ausschließung Anderer aus eigener Macht darüber zu verfügen befugt ist. Auch in Beziehung auf die Verfolgung des Eigenthums wird im Allgemeinen der Eigenthümer eines Rechts dem Eigenthümer anderer Sachen gleichgestellt. Der §. 1. Thl. I. Tit. 15. des A. L. R. verordnet:

> Der wahre Eigenthümer hat das Recht, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern,

und der darauf folgende §. 3. bestimmt:

Auch der Eigenthümer eines Rechts kann dies sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer desselben verfolgen. —

Allerdings deutet die verschiedene Fassung dieser Vorschriften darauf hin, daß die Voraussetzungen bei der Verfolgung des Eigenthums von Sachen und von Rechten, namentlich in Beziehung auf den Verklagten, nicht ganz gleich sind, indem der §. 1. denselben bei der Verfolgung des Eigenthums von Sachen als den Inhaber oder Besitzer bezeichnet, der §. 3. aber von dem Verfolger des Rechts gegen jeden Anmaßer desselben spricht; daraus folgt aber nicht, daß der Anmaßer eines Rechts in Beziehung auf die dem redlichen Erwerber, dem Eigenthümer gegenüber, zustehenden Rechte schlechter gestellt sein solle, als der redliche Erwerber einer anderen Sache; im Gegentheil muß man annehmen, daß durch die im §. 3. enthaltene Gleichstellung der Verfolgung eines Rechts gegen den Anmaßer mit der Verfolgung des Eigenthums einer Sache gegen den Besitzer oder Inhaber auch angedeutet ist, der Anmaßer eines Rechts solle hierbei der Regel nach und soweit nicht die Natur der Sache eine Ausnahme begründet, so beurtheilt werden, wie der Besitzer oder Inhaber bei der Vindication von Sachen. —

Derjenige, welcher eine fremde Sache unredlicher Weise an sich gebracht hat, muß dieselbe nach §. 17. a. a. O. dem besser berechtigten Rückforderer unentgeltlich herausgeben und dazu ist nach §. 24. ibid. auch derjenige verpflichtet, welcher die entfremdete Sache zwar redlicher Weise, aber unentgeltlich an sich gebracht hat. Hierauf folgen nachstehende Bestimmungen:

§. 25. Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unver-

dächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben;

§. 26. Er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben, oder geleistet hat, fordern. —

Daß diese Vorschriften auch dem redlichen Erwerber einer Forderung zu Gute kommen sollen, dafür findet sich in den §§. 55. und 56. Thl. I. Tit. 50. der Allg. Ger.-Ordn. eine ausdrückliche Andeutung. Daselbst ist von der Befugniß der Gläubiger eines in Concurs gerathenen Schuldners, Veräußerungsverträge anzufechten, die Rede. Der §. 55. giebt ihnen diese Befugniß in dem Falle, wenn der fremde Contrahent um die Insolvenz des Gemeinschuldners gewußt hat und spricht dabei ganz allgemein von gegebenen, cedirten oder sonst veräußerten Sachen. Der §. 56. läßt diese Rückforderung auch dann eintreten, wenn die von dem Gemeinschuldner zur Verkürzung seiner Gläubiger veräußerte Sache sich in den Händen eines dritten Besitzers befindet und fügt hinzu:

Doch bleiben dem dritten redlichen Besitzer einer solchen Sache, ingleichen demjenigen, der auf den Glauben des Hypothekenbuchs sich in gerichtliche Verhandlungen über dieselbe redlicher Weise eingelassen hat, seine Rechte vorbehalten. (A. L. R. Thl. I. Tit. 15. §. 25. u. ff. Tit. 10. §. 7. u. ff.) —

Das hierin enthaltene Allegat der §§. 25. u. ff. Thl. I. Tit. 15. des A. L. R., zusammengehalten mit der allgemeinen auch Cessionen einschließenden Fassung der §§. 55. und 56. Thl. I. Tit. 50. der Allg. Ger.-Ordn., ergiebt, daß der Gesetzgeber die allegirten Vorschriften nicht auf die Vindication von körperlichen Sachen beschränken will, daß er dieselben vielmehr auch bei der Verfolgung von Rechten

für anwendbar erachtet. Innere aus der Natur des Rechts-verhältnisses entnommene Gründe, welche die Beschränkung jener Vorschriften auf die Vindication von körperlichen Sachen nothwendig machen, sind nicht vorhanden. Denn die Rücksicht auf Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs, welche nach Suarez Vorträgen bei der Schlußrevision des Allgem. Landrechts, Jahrb. Bd. 41. S. 84 ff. bei den gedachten Vorschriften leitend gewesen, findet auch beim Verkehre mit Hypothekenforderungen ihre Geltung. In einem früheren Falle, in dem es sich um die Vindication eines gestohlenen, außer Cours gesetzten Pfandbriefs handelte, sind diese Vorschriften ebenfalls zur Anwendung gebracht worden — Entsch. Bd. 34. S. 381. — und auch sonst ist deren Anwendung bei der Cession von Forderungsrechten vorgekommen — Entsch. Bd. 22. S. 125. — Auch muß der Ausführung des Appellations-Richters darin beigetreten werden, daß der Widerverklagten eine Unredlichkeit, Unrechtfertigkeit oder Unvorsichtigkeit beim Erwerb der Forderung nicht nachgewiesen ist und es war daher das Appellations-Erkenntniß zu bestätigen. —

№ 14.

Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner.

Steht dem Erwerber einer, von einem zahlungsunfähigen Schuldner veräußerten Sache, die gesetzliche Vermuthung: um die unredliche Absicht des Veräußerers gewußt zu haben, auch in Bezug auf

die Folgen des, durch eine solche Veräußerung begründeten Anfechtungsrechts der Gläubiger entgegen?

Anfechtungs-Gesetz vom 9. Mai 1855 §§. 5. 13. (Ges. S. 429.)

Vergl. Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §§. 102. 107.

Johann B. hatte sich mittelst gerichtlichen Vergleichs vom 8. September 1857 verpflichtet, dem Kaufmann M. 230 Thlr. Wechsel-Capital und 48 Thlr. 14 Sgr. verauslagte Proceßkosten am 1. November 1857 zu zahlen; demnächst aber hatte er am 30. September 1857 seinen Bauerhof an seinen Bruder Ferdinand B. verkauft. Nachdem hierauf wegen jener Wechsel- und Kosten-Forderung gegen Johann B. fruchtlos Execution vollstreckt war, focht der Kaufmann M. dieses Kaufgeschäft als ungültig an, und erhob gegen die Brüder Johann und Ferdinand B. mit dem Antrage Klage:

Den Kaufvertrag vom 30. September 1857, dem Kläger gegenüber, für ungültig zu erklären, und die Verklagten zu verurtheilen, die Execution wegen 230 Thlr. und 48 Thlr. 14 Sgr. 3 Pf. in das verkaufte Grundstück geschehen zu lassen.

Die Verklagten widersprachen diesen Anträgen, weil der Vertrag nicht in der Absicht, die Gläubiger des Verkäufers zu benachtheiligen, geschlossen sei, insbesondere der Käufer von der Forderung des Klägers an den Verkäufer keine Kenntniß gehabt habe.

Das Kreisgericht zu Stettin erklärte zwar den Vertrag vom 30. September 1857 dem Kläger gegenüber für ungültig, wies ihn aber mit dem weiteren Antrage:

Die Verklagten zu verurtheilen, die Execution wegen der

vorgedachten Beträge in das verkaufte Grundstück geschehen zu lassen,

in der angebrachten Art ab, weil er zugleich hätte darauf antragen müssen, das Grundstück gegen Erstattung des Kaufpreises heraus zu geben.

Der Kläger appellirte und bezog sich zur Widerlegung dieser Ansicht auf §. 14. des Anfechtungs-Gesetzes vom 9. Mai 1855, wogegen die Verklagten auf Grund des §. 13. ib. die Ansicht geltend machten, daß der Kläger zur Nachsuchung der Execution in das verkaufte Grundstück ohne Erstattung der Gegenleistung nur dann befugt sein würde, wenn er den Beweis geführt hätte, daß der Mitverklagte Ferdinand B. um die Absicht seines Bruders: den Vertrag nur zum Schein oder zur Bevortheilung seiner Gläubiger abzuschließen, gewußt habe.

Dem Antrage des Klägers gemäß, erklärte hierauf das Appellations-Gericht zu Stettin durch Erkenntniß vom 8. Januar 1859 die Verklagten auch für schuldig, die Execution wegen der Forderung des Klägers in das nach dem Vertrage vom 30. September 1857 verkaufte Grundstück geschehen zu lassen.

Gegen diese Entscheidung haben zwar die Verklagten die Nichtigkeits-Beschwerde angebracht. Dieselbe ist jedoch vom vierten Senate des Ober-Tribunals am 4. October 1859 zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Imploranten stellen nicht in Zweifel, daß — wie der Appellations-Richter angenommen hat — alle gesetzlichen Erfordernisse vorliegen, um auf Grund des §. 5. Nr. 3. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 den vom Kläger angefochtenen Vertrag vom 30. September 1857 ihm gegenüber für ungültig zu erachten, insbesondere, daß keine Um-

stände nachgewiesen sind, aus welchen zu entnehmen, daß der Mitverklagte Ferdinand B. zur Zeit der Veräußerung um die Absicht seines Bruders Johann B., dessen Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen, nicht gewußt habe. Sie führen aber gleichwohl darüber Beschwerde, daß der Appellations-Richter sie für schuldig erachtet hat, die Execution wegen der dem Kläger aus dem gerichtlichen Vergleiche vom 8. September 1857 gegen Johann B. zustehenden 230 Thlr. und 48 Thlr. 14 Sgr. 3 Pf. in das, nach dem gedachten Vertrage verkaufte Grundstück geschehen zu lassen, und finden in dieser Entscheidung eine unrichtige Anwendung der §§. 12. 13. und 14. des Gesetzes vom 9. Mai 1855.

Diese Beschwerde ist nicht gegründet.

In den §§. 5. und 7. des gedachten Gesetzes sind diejenigen Rechtshandlungen bezeichnet, welche resp. innerhalb zweier Jahre vor Anstellung der Klage und ohne Beschränkung auf einen gewissen Zeitraum der Anfechtung unterliegen; und zu der ersteren Gattung gehören unter Andern nach §. 5 Nr. 3. ib. Veräußerungen unter einem lästigen Titel, welche der Schuldner an einen seiner nahen Verwandten, namentlich an Bruder oder Schwester, vorgenommen hat, sofern der andere Theil (der Erwerber) nicht Umstände nachweiset, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit der Veräußerung um eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen, nicht gewußt hat. Nachdem hiernächst im §. 12. das Recht des Gläubigers auf Rückgewähr dessen, was durch die ungültige Rechtshandlung von dem Schuldner aus seinen Vermögen veräußert worden ist, sowie auf Verwendung des Zurückgewährten zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers anerkannt ist, heißt es im §. 13.:

Gegen Rückgewähr des Empfangenen (§. 12.) muß dem Erwerber seine etwanige Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevortheilen, so kann er sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten.

Dieses letztere Gesetz wollen nun die Imploranten dahin ausgelegt wissen, daß dem Erwerber, wenn ihm auch nach §. 5. Nr. 3. l. c. in Bezug auf die Anfechtbarkeit der Veräußerung die gesetzliche Vermuthung, um die unredliche Absicht des Schuldners gewußt zu haben, entgegen stehe, dennoch dann, wenn der Gläubiger Rückgewähr des Veräußerten resp. Befriedigung daraus ohne Erstattung der Gegenleistung verlange, der directe Nachweis zu führen sei, daß ihm die unredliche Absicht des Schuldners bekannt gewesen. Diese Auslegung kann jedoch als richtig nicht anerkannt werden, weil beide Gesetzstellen (§. 5. Nr. 3. und §. 13.) von derselben Kenntniß reden und nicht angenommen werden kann, daß dieselbe gesetzliche Vermuthung, welche nach §. 5. Nr. 3. cit. zur Begründung des Anfechtungsrechts an sich für die Kenntniß des Erwerbers streitet, dann hinwegfallen solle, wenn sie nach §. 13. für die rechtlichen Folgen der Anfechtung, namentlich in Betreff der Gegenleistung in Betracht kommt. Dieser Annahme steht auch nicht, wie die Imploranten meinen, zur Seite, daß der Erwerber in den Fällen des §. 5. Nr. 3., wenn er den Beweis führt, um die unredliche Absicht des Veräußerers nicht gewußt zu haben, den veräußerten Gegenstand überhaupt nicht, also auch nicht gegen Erstattung der Gegenleistung zurück zu gewähren braucht, und es kann namentlich hieraus nicht gefolgert werden, daß §. 13. mit

§. 5. Nr. 3. in Widerspruch treten würde, wenn man die gesetzliche Vermuthung des §. 5. Nr. 3. zugleich für die Folgen der Anfechtung gelten lasse. Denn der Anfechtung unterliegen nicht bloß die, im §. 5. Nr. 3. bezeichneten Veräußerungen, sondern alle, in den §§. 5. und 7. des Gesetzes genannten Rechtshandlungen, mithin sowohl solche, welche — wie Leibrenten-Verträge und Schenkungen, namentlich an Ehegatten (§. 5. Nr. 12. und §. 7. Nr. 3. 4. 5.) — der Anfechtung auch dann unterliegen, wenn auch keine unredliche Absicht des Veräußerers zur Kenntniß des Erwerbers gelangt ist, als auch solche, bei welchen — wie bei lästigen Verträgen mit Ehegatten und nahen Verwandten oder bei simulirten oder unredlichen Rechtsgeschäften (§. 5. Nr. 3. §. 7. Nr. 1. und 2.) — die Anfechtbarkeit von jener Kenntniß des Erwerbers abhängig ist. Nachdem nun im §. 12. für alle diese verschiedenartigen Fälle der Anfechtung die Rechte des anfechtenden Gläubigers bezeichnet waren, mußte auch über seine Pflichten, namentlich rücksichtlich der Erstattung der Gegenleistung, und zwar sowohl für diejenigen Fälle, in welchen der Erwerber von einer unredlichen Absicht des Schuldners keine Kenntniß gehabt, als für diejenigen Fälle Anordnung getroffen werden, in welchen er eine solche Kenntniß gehabt hat. Diese Anordnung ist nun im §. 13. getroffen, und zwar im ersten Absatze des Paragraphen dahin:

> Daß in den Fällen der ersteren Art der anfechtende Gläubiger die Gegenleistung zu erstatten hat,

im zweiten Absatze dahin:

> daß in den Fällen der letzteren Art der Erwerber sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten, sie also von dem anfechtenden Gläubiger nicht fordern kann.

Ob aber in den Fällen der letzteren Art die Kenntniß des Erwerbers von einer unredlichen Absicht des Veräußerers bis zum Erweise des Gegentheils zu vermuthen oder dem Erwerber besonders nachzuweisen sei, darüber ist im §. 13. nichts angeordnet, auch in Betreff der im §. 5. Nr. 3. gedachten lästigen Verträge nichts anzuordnen gewesen, weil in Betreff dieser eben dort bereits die gesetzliche Vermuthung ausgesprochen war, daß der Erwerber um eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt habe. Sonach hat denn auch der Appellations-Richter den Kläger, weil der Mitverklagte Ferdinand B. die ihm nach §. 5. Nr. 3. entgegenstehende Vermuthung nicht widerlegt hat, zur Erstattung der Gegenleistung mit Recht für nicht verpflichtet erachtet.

Was schließlich die in der Beschwerde-Schrift noch als verletzt bezeichneten §§. 12. und 14. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 betrifft, so ist zwar nach §. 12. der anfechtende Gläubiger die Rückgewähr desjenigen, was durch die ungültige Rechtshandlung veräußert ist, zu verlangen befugt. Der Schlußsatz des §. 12.,

> wonach das Zurückgewährte zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers zu verwenden ist,

in Verbindung mit §. 14.,

> wonach der anfechtende Gläubiger seinen Antrag darauf zu richten hat, was der Verklagte zu thun oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll,

zeigt jedoch, daß eine Anfechtungsklage der vorliegenden Art nicht gerade zunächst auf Rückgewähr des Veräußerten gerichtet zu werden braucht, sondern auch, wie hier geschehen, unmittelbar auf die Duldung der Execution in den veräußerten Gegenstand gerichtet werden darf.

№ 15.

Condictio indebiti in Ansehung einer präcludirten Reallast.

Kann eine Zahlung zurückgefordert werden, welche der dritte Besitzer eines im ehemaligen Herzogthume Sachsen gelegenen Grundstücks für eine Reallast geleistet hat, welche bis zu dem durch die Verordnung vom 16. Juni 1820 bestimmten und durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 23. März 1823 verlängerten Präclusions-Termine zur Eintragung in das Hypothekenbuch nicht angemeldet war?

A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §§. 178. 179.

Verordnung wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in dem mit den Preußischen Staaten vereinigten Herzogthume Sachsen vom 16. Juni 1820. §§. 23 ff. Ges.-Samml. S. 101. Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 23. März 1823. Ges.-Samml. S. 34.

Auf dem, zu B. im Herzogthume Sachsen gelegenen, Mühlengrundstücke haftete zu Gunsten der Gutsherrschaft daselbst ein Geldzins, dessen Anmeldung zur Eintragung im Hypothekenbuche der Mühle innerhalb der durch die Verordnung vom 16. Juni 1820, beziehungsweise die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 23. März 1823 festgestellten Präclusivfrist versäumt worden war.

Die Wittwe des Müllers T., welcher im Präclusions-Termine das Grundstück besaß, kaufte dasselbe im Jahre

1827, nachdem sie der Erbschaft aus dem maritalischen Nachlasse entsagt hatte, von den Erben ihres Ehemannes, zahlte aber den gedachten Zins an die Gutsherrschaft, bis diese in dem Ablösungs-Verfahren, durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 18. September 1855 mit dem Anspruche darauf abgewiesen, beziehungsweise erkannt worden war, daß die Wittwe T. als dritte Besitzerin zu betrachten und deshalb die Präclusion ihr gegenüber von Wirkung sei.

Die Wittwe T. stellte nunmehr gegen den Gutsherrn beziehungsweise dessen Erben, an welche sie die Zahlungen geleistet hatte, die condictio indebiti an, indem sie behauptete, daß nach §. 178. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. alle Bedingungen derselben vorhanden seien. Die Verklagten widersprachen Dem und das Kreisgericht zu Görlitz in seinem Urtel vom 26. März 1858 wies die Klägerin auch zurück, indem es sie, im Sinne des gedachten Gesetzes, für moralisch verbindlich erachtete, die Zahlung zu leisten. Der Appellations-Richter, der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Glogau im Erkenntnisse vom 2. October 1858, nahm aber das Gegentheil und die übrigen Bedingungen der condictio indebiti für dargethan an, und verurtheilte demgemäß die Verklagten nach dem Klageantrage.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat auf die Revision der Verklagten aber unterm 13. September 1859 die erste Entscheidung wiederhergestellt, aus folgenden

Gründen:

Als erstes Erforderniß der condictio indebiti stellt der §. 178. Tit 16. Thl. I. des A. L. R. auf, daß für die Person des Zahlenden gar keine, auch nicht eine bloße moralische Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden gewesen sei. Was das Gesetz hier unter einer moralischen Ver-

bindlichkeit versteht, ergiebt sich aus dem §. 179. a. a. O., nämlich: eine unvollkommene, d. i. eine aus einem Rechtsverhältnisse entspringende Verbindlichkeit, welche wegen eines positiven Gesetzes vor Gericht keine Geltung findet, klaglos ist, wie die **obligatio naturalis** des römischen Rechts. — §. 86. Einleitung zum A. L. R. —

Für eine solche Verbindlichkeit ist auch eine Reallast zu erachten, welche der Erwerber eines Grundstücks nur um deshalb nicht zu leisten verbunden, weil ihn das Patent vom 16. Juni 1820 schützt, beziehungsweise der Berechtigte wegen der Präclusion aus demselben gegen ihn, darauf nicht klagbar werden kann, obgleich derselbe bei der Erwerbung des Grundstücks die Last übernommen hat. Diese Uebernahme, welche dann anzunehmen, wenn der Erwerber das Recht des Realberechtigten zur Zeit der Besitzergreifung gekannt, oder gar die Abgabe selbst noch geleistet hat, (Entscheidungen Bd. 18. S. 321.) begründet seine Verbindlichkeit, zu welcher er, eben nur des positiven Gesetzes wegen, im Wege der Klage nicht angehalten werden kann. Die Präclusion aus dem gedachten Patente hebt das Recht an sich nicht auf — §§. 23. bis 26. desselben —, sondern nur die Verfolgbarkeit desselben gegen den dritten Besitzer vor Gericht, die Dinglichkeit. Hat dieser dennoch Zahlung geleistet, so hat er die, durch die Uebernahme der Last überkommene Verpflichtung erfüllt, obgleich er dazu wider seinen Willen nicht hätte gezwungen werden können, und der Fall des §. 179. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. liegt hier vollständig vor, da die Klägerin geständlich, weil ihr verstorbener Ehemann die 55 Thaler Zins an die Gutsherrschaft jährlich zu zahlen gehabt hatte, also in voller Kenntniß der Reallast bei Uebernahme der Mühle, dieselbe fortentrichtet hat.

Ist hiernach das erste Erforderniß der condictio indebiti nicht vorhanden, so bedarf es auch keiner weiteren Prüfung über die Existenz der übrigen im §. 178. a. a. O. aufgestellten Bedingungen derselben, und es bedarf insbesondere keiner Ermittelung, ob die Klägerin, den Gläubigern gegenüber, der Erbschaft ihres Ehemannes zu spät entsagt hat und den Verklagten um deshalb für die fragliche Abgabe verhaftet war, es rechtfertigt sich vielmehr die Wiederherstellung des ersten Urtels ohne Weiteres.

№ 16.

Erlöschen von Reallasten durch Confusion.

Erlöschen Reallasten durch Confusion in Folge eines Erwerbes des berechtigten Grundstücks von Seiten des Verpflichteten oder des belasteten Grundstücks von Seiten des Berechtigten? und schützt dagegen der allgemeine Vermerk einer Belastung im Hypothekenbuche des belasteten Grundstücks?

Allg. L. R. Thl. I. Tit. 16. §§. 482.—484., Tit. 22. §§. 52.—54.

Der Gutsherr von O. beantragte im Jahre 1850 die Ablösung der, auf der Mühle Nr. 6. daselbst haftenden Reallasten bei der Königlichen General-Commission zu Breslau, erkaufte aber selbst diese Mühle mittelst Vertrages vom $\frac{\text{10. October}}{\text{13. November}}$ 1851 und veräußerte sie wieder mittelst Vertrages vom $\frac{\text{20. Decbr. 1851}}{\text{21. Januar 1852}}$ an M., gegen welchen er im Jahre 1857 den Ablösungs-Antrag erneuerte.

Dieser wendete die Consolidation ein, welche der Provocant für nicht eingetreten erachtete, weil die Reallasten im Hypothekenbuche der Mühle eingetragen seien, wie aus dem Hypothekenscheine des Provocaten vom 19. December 1857 hervorgehe, dessen Eingang laute:

die unter der Gerichtsbarkeit des ꝛc. belegene Mühle, deren Befugnisse und Lasten aus dem Instrumente de conf. den 31. Mai 1806 zu ersehen sind, hat der ꝛc. gekauft ꝛc.

die fraglichen Lasten aber in einem, jenem Instrumente beigefügten Atteste der Dorfgerichte verzeichnet seien.

Der Provocat erachtete dies nicht für eine, die Consolidation ausschließende, Eintragung, und die General-Commission zu Breslau wies auch im Urtel vom 5. November 1858 den Gutsherrn mit dem Anspruche auf die streitigen Lasten zurück.

Der Provocant appellirte; das Revisions-Collegium für Landescultur-Sachen aber bestätigte das erste Erkenntniß unterm 25. März 1859.

Die von dem Provocanten dagegen eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das Erkenntniß des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 29. November 1859 zurückgewiesen worden; aus folgenden

Gründen:

1) Wie schon in den Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 5. April 1845 und 13. October 1853 (Bd. 13. S. 337. und Bd. 27. S. 168.) angenommen worden ist, finden die §§. 482—484. Tit 16. in Verbindung mit den §§. 52—54. Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. auch auf Reallasten Anwendung. Auch die Germanisten nehmen an, daß Reallasten durch Confusion in Folge eines Erwerbs des berechtigten Grundstücks durch den Verpflichteten

oder des belasteten Grundstücks durch den Berechtigten erlöschen. (Gerber, deutsches Privatrecht §. 171.) — Wenn dagegen der Implorant — in Uebereinstimmung mit Kochs Commentar zum Allg. Landrecht zu den §§. 482. und 484. Tit. 16. und zu §. 54. Tit. 22. Thl. I. — bemerkt, daß der Fall, wo das dingliche Recht objectiv und subjectiv zugleich dinglich, in §§. 482—484. Tit. 16. a. a. O. nicht genannt sei und die §§. 52—54. Tit. 22. a. a. O. nur auf Grundgerechtigkeiten sich bezögen, so sind doch gerade diese subjectiv und objectiv dingliche Rechte zugleich. Wenn aber der §. 52. a. a. O. sagt:

Grundgerechtigkeiten können gleich anderen dinglichen Rechten, durch Confusion verloren gehen; — Tit. 16. Abschn. 10. —

so ergiebt sich daraus klar, daß das Gesetz die Rechte, welche zugleich subjectiv und objectiv dinglich sind, im Allgemeinen, also auch Reallasten, durch Confusion für erloschen erachtet, in sofern sie nicht durch einen Vermerk im Hypothekenbuche aufrecht erhalten worden sind. — §. 484. Tit. 16. und §. 54. Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. —

Es verordnet aber auch der §. 482. Tit. 16. a. a. O. ausdrücklich die Confusion von Rechten, die zugleich objectiv und subjectiv dinglich sind, indem er von Rechten auf die Sache, d. h. nach §. 127. Tit. 2. a. a. O. von objectiv dinglichen Rechten, spricht, welche erlöschen sollen, wenn der Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache — also subjectiv dingliches Recht — erworben hat.

Nicht erfindlich ist außerdem der Unterschied, welchen der Implorant zwischen einer Grundgerechtigkeit und Reallast hier geltend machen will, indem er bemerkt, daß die durch die Grundgerechtigkeit bewirkte Einschränkung des

Eigenthums lediglich zum Vortheil des anderen Grundstücks, ohne Rücksicht auf die Person des Besitzers, gereichen müsse, während bei Reallasten die Beziehung zwischen dem berechtigten und verpflichteten Grundstücke meist eine zufällige und nicht nothwendige sei, so daß eine vorübergehende factische Vereinigung des verpflichteten und berechtigten Grundstücks in der Hand eines Eigenthümers eine Consolidation nicht herbeiführen könne.

Ist die Berechtigung zu einer Reallast mit einem Grundstücke verbunden, so steht dieselbe mit dem Grundstücke in eben solcher Beziehung als die Grundgerechtigkeit zu dem herrschenden Grundstücke, wie dies klar aus den §§. 308. und 309. Tit. 7. Thl. II. des A. L. R. hervorgeht, wonach Dienste der Unterthanen nur zur Bewirthschaftung der herrschaftlichen Grundstücke bestimmt sind, und nicht für andere Güter, als wozu die Unterthanen geschlagen sind, verwendet werden dürfen, und die besondere Natur der Reallasten schließt mithin die Anwendbarkeit der oben bezogenen Gesetze in keiner Weise aus.

Endlich aber ist im Gesetze nirgend ausgesprochen, daß zum Erlöschen von subjectiv dinglichen Rechten die Vereinigung des berechtigten und verpflichteten Grundstücks im Hypothekenbuche erforderlich sei, vielmehr genügt, nach den mehr bezogenen Gesetzen die Vereinigung in einer Person, und der Appellations-Richter hat mithin jene Gesetze nirgend verletzt, die Angriffe sind vielmehr verfehlt.

2) Der Appellations-Richter stellt aber auch nicht fest, wie der Implorant behauptet, daß die streitigen Reallasten im Hypothekenbuche eingetragen seien, er erachtet vielmehr die, bei der Beschreibung des Grundstücks auf dem Titelblatte erfolgte allgemeine Erwähnung von Lasten für keine wirkliche Eintragung dieser Lasten, und hat daher

auch von dieser Seite die §§. 52—54. Tit. 22., in Verbindung mit den §§. 482—484. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. nicht verletzt, wie ihm zum Vorwurfe gemacht wird. Er hat dabei ebenso wenig die §§. 33., 47., 49. Tit. I. und die §§. 109. 111. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung, als §. 19. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. unrichtig angewendet. Denn wenn es auch, in Bezug auf die Erkennbarkeit für einen Dritten, gleichgültig sein mag, in welchem Theile des Hypothekenbuchs ein Vermerk sich vorfindet, so kann doch in Gemäßheit des §. 19. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R., wonach sich Niemand mit der Unwissenheit einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen darf, die verlangte Kenntniß nur auf das bezogen werden, was wirklich aus dem Hypothekenbuche ersichtlich ist; das Gesetz aber erfordert nicht weitere Recherchen aus den im Hypothekenbuche gelegentlich bezogenen Urkunden, und wenn auch, nach §§. 1. und 2. der Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853 (Ges.-Samml. S. 521.) bei Auseinandersetzungs-Recessen und Altentheilen die Eintragung aller einzelnen Bestimmungen resp. Altentheils-Rechte nicht erforderlich, vielmehr die Bezugnahme auf die Urkunden genügend sein soll, so ergiebt sich doch aus dieser Ausnahme-Bestimmung um so klarer die Regel, daß die, der Eintragung nach §. 49. Tit. I. der Hypotheken-Ordnung bedürfenden Lasten speciell eingetragen sein müssen, um die mit der Eintragung verbundene Wirkung herbeizuführen. Wie der Appellations-Richter außerdem mit Recht bemerkt, deutet die, im §. 53. Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. ertheilte Befugniß zum „Löschenlassen" auf eine ordnungsmäßige Eintragung nach den Vorschriften der Hypotheken-Ordnung.

Demgemäß kommt es nicht weiter darauf an, ob der

Appellations-Richter mit Grund den Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 18. Mai 1857 bezogen hat, die Richtigkeits-Beschwerde muß vielmehr, da die Angriffe im Uebrigen verfehlt sind, zurückgewiesen werden.

№ 17.

Hypothek des Eigenthümers.

Findet der §. 52. des Anh. zum Allg. Landrecht auch dann Anwendung, wenn die bezahlte, aber nicht gelöschte und von dem Grundstücksbesitzer weiter cedirte Post, nicht auf die Substanz, sondern nur auf die Einkünfte des Grundstückes eingetragen ist?

A. L. R. Anhang §. 52. zu §. 484. Tit. 16. Thl. I.
Declaration vom 3. April 1824 (Ges.-Samml. S. 77.)

Der Tapezier G. besitzt ein zu Fr. belegenes Haus mit der im Hypothekenbuch eingetragenen Beschränkung, daß er dasselbe weder verpfänden, noch veräußern, noch sonst belasten darf, es vielmehr seiner ehelichen Descendenz und in deren Ermangelung gewissen anderen, testamentarisch substituirten Erben hinterlassen muß. Er hat indessen Schulden gemacht und einige seiner Gläubiger haben, im Wege der Execution rechtskräftiger Erkenntnisse, die Eintragung ihrer Forderungen in das Hypothekenbuch, auf die Revenüen des Hauses erlangt. Dieses Haus ist unter gerichtliche Administration gestellt und über Vertheilung der Revenüen ein Verfahren eingeleitet, bei welchem die oben aufgestellte Frage zur richterlichen Entscheidung gelangte.

Eine Wittwe H. hatte von dem G. 1185 Thlr. 5 Sgr. 8 Pf. zu fordern, darauf 680 Thlr. nach und nach aus der gerichtlichen Administration des Hauses erhalten und sie cedirte den Ueberrest der 505 Thlr. 5 Sgr. 8 Pf. nebst Zinsen unter dem 12. Januar 1850 an die Wittwe Gold., indem sie gleichzeitig dem Schuldner G. über den Empfang der eben gedachten 680 Thlr. quittirte und in die Löschung derselben im Hypothenbuche willigte. Diese erfolgte indeß nicht, vielmehr cedirte der Schuldner und Besitzer G. diese 680 Thlr. nebst Zinsen auf Grund der ihm von der Wittwe H. ertheilten Quittung ebenfalls an die Wittwe Gold., welche jetzt sowohl die ihr von der Wittwe H. unmittelbar cedirten 505 Thlr. 5 Sgr. 8 Pf., als auch die ihr von dem Tapezier G. abgetretenen 680 Thlr. aus der Revenüen-Masse verlangt.

Die ebenfalls nur auf die Hausrevenüen eingetragenen Gläubiger M. und Genossen widersprachen unter Anderem auch der Auszahlung der 680 Thlr. an die Wittwe G., indem sie bestritten, daß dem Hausbesitzer G. die Befugniß zustehe, eine bloß auf die Revenüen des Immobile eingetragene Post, nachdem dieselbe bezahlt, wenn auch nicht gelöscht worden, als noch wachende Forderung weiter zu geben.

Der zweite Richter, das Appellations-Gericht zu Frankfurt a. O., hat in dem Erkenntnisse vom 11. October 1858 diesen Widerspruch für begründet erachtet, und die Wittwe Gold. mit ihrem Anspruche auf Befriedigung wegen der 680 Thlr. aus der Revenüen-Masse abgewiesen, denn bei der gerichtlichen Administration höre, wie bei der nothwendigen Subhastation, durch Realisirung der Forderung diese selbst und das Hypothekenrecht auf; es bleibe nichts übrig, worüber dem Eigenthümer noch eine Disposition beigelegt werden könne. Ueberdies greife der §. 52. des Anh. zum

Allg. Landrecht hier um so weniger Platz, als dieser die Verpfändung der Substanz voraussetze, vorliegend aber nur die Einkünfte des Grundstücks verpfändet worden seien. Daß zur Zeit der Zahlung der 680 Thlr. an die Wittwe H. gerichtliche Administration geschwebt habe, sei als feststehend anzunehmen.

Auf die eingelegte Richtigkeits-Beschwerde der Wittwe G. hat der vierte Senat des Ober-Tribunals die Appellations-Entscheidung bezüglich der 680 Thlr. mittelst Erkenntnisses vom 6. September 1859 vernichtet, und der Wittwe G. diesen Betrag aus der Revenüen-Masse zugesprochen, aus folgenden

Gründen:

Anlangend die von dem Appellations-Richter der Klägerin abgesprochenen 680 Thlr. und die in dieser Beziehung erhobene Rüge der Verletzung des §. 52. Anhangs, der Declaration vom 3. April 1824, und des dahin formulirten Rechtsgrundsatzes:

> Auch wenn eine Hypothekenpost im Wege der Administration aus den Revenüen des verpfändeten Grundstücks berichtigt wird, erwirbt der Eigenthümer des Letzteren die Hypothekenpost mit allen nach §. 52. des Anh. zum Allg. Landrecht und der Decl. vom 3. April 1824 ihm darauf zukommenden Rechten,

so sind, nach dem unangefochtenen Thatbestande des Appellations-Richters, auf die lediglich auf die Revenüen des Hauses eingetragene Forderung, aus der gerichtlichen Hausverwaltung 680 Thlr. an die ursprüngliche und eingetragene Gläubigerin gezahlt; diese hat darüber dem Besitzer des Hauses löschungsfähige Quittung ertheilt, Letzterer aber die 680 Thlr. nicht löschen lassen, sie vielmehr

der Klägerin cedirt. Der Appellations-Richter hat dies aus einem zwiefachen Grunde für unzulässig erklärt.

Sein erster Grund, daß bei einer gerichtlichen Administration, ebenso, wie bei der nothwendigen Subhastation, die Forderung und das Hypothekenrecht durch die Realisirung der Hypothek aufhöre, und daher nichts übrig bleibe, worüber dem Eigenthümer noch eine Disposition zugeschrieben werden könnte, ist für stichhaltig nicht zu erachten.

Abgesehen von der mindestens bedenklichen Gleichstellung der Wirkungen der gerichtlichen Administration und der nothwendigen Subhastation, gegenüber der s. g. Hypothek des Eigenthümers, ist auch von dem Ober-Tribunal bereits in dem Präjudiz Nr. 2456. — (Entsch. Bd. 26. S. 20 ff.) und wiederholt in der im Archiv der Rechtsanwälte Bd. 12. S. 308 ff. veröffentlichten Entscheidung vom 30. März 1854 der von der Nichtigkeits-Beschwerde formulirte Grundsatz festgestellt und zur Geltung gebracht worden. Es genügt hier, auf die veröffentlichten Motive dieses Grundsatzes zu verweisen. Es liegt keine Veranlassung vor, von demselben abzugehen und bedarf es kaum der Bemerkung, daß das, was dort im Fall der Sequestration angenommen worden ist, ebenso auch hier für den Fall der gerichtlichen Administration, welcher eine nothwendige Subhastation nicht gefolgt ist, gelten muß.

Ebenso wenig kann der zweite Entscheidungsgrund des Appellations-Richters für durchgreifend erachtet werden, welcher darin gesetzt ist, daß der §. 52. des Anh. zum Allg. Landrecht auch um deshalb nicht Platz greife, weil die Kapitalsposten nicht auf die Substanz, sondern nur auf die Revenüen des Grundstückes eingetragen worden seien. Allerdings spricht dieser §. 52. des Anh. zum Allg. Landrecht, sowie die Declaration von 3. April 1824 nur von

dem „Eigenthümer des Grundstückes," von einem „verpflichteten Grundstück," resp. von einer auf das „Grundstück" hypothekarisch versicherten und von dem „Eigenthümer" ausgezahlten Geldsumme, und es könnte daraus abgeleitet werden, daß die Gesetzgebung das gedachte Recht nur dem vollen Eigenthümer und nur in Bezug solcher auf die Substanz eingetragenen Hypotheken habe beilegen wollen. Anderer Seits fehlt es aber an einem zureichenden Grunde, dies Recht dem nutzbaren Eigenthümer, im Besonderen dem Fideicommißbesitzer, für welchen der Appellations-Richter den G. unangefochten erklärt hat, zu versagen. Dessen nutzbares Eigenthum wird eben so als ein, nur beschränktes, Eigenthum, über welches das Hypothekenbuch geführt wird und Auskunft giebt, behandelt. Aus der dem §. 52. zum Grunde liegenden ratio heraus steht nichts entgegen, die Hypothek des Eigenthümers auch bezüglich des beschränkten Eigenthümers und bezüglich solcher nur auf die Revenüen eingetragener Hypotheken anzuerkennen, und es kann nicht entgegnet werden, daß dadurch dem Principe des §. 52. Anh. eine unberechtigte Ausdehnung gegeben werde. Danach sind die in dieser Beziehung erhobenen Rügen für begründet zu erachten, was denn zur Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses insoweit führt, als durch dieselbe die Klägerin mit dem Anspruche auf Befriedigung wegen der vorgedachten 680 Thlr. aus den Revenüen abgewiesen worden ist.

№ 18.

Begriff der Agnaten.

Der Ausdruck „Agnaten" im §. 2. der Verordnung vom 11. März 1818 über die Lehne und Fideicommisse ꝛc. (Gesetz-Samml. S. 17.) schließt Mitbelehnte und Gesammthänder nicht aus. Präjudiz Nr. 2710.

Vergl. Präj. Nr. 295. (Samml. S. 332.)
A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 15. 16.

Der Freiherr Carl v. H. beantragte im Jahre 1853 die Eintragung agnatischer Rechte an den Gütern O. und H. im Eichsfelde. Als die titulirten Besitzer, Ernst und Georg v. H. dem widersprachen, bat er, wider dieselben Klage erhebend, sie zu verurtheilen:

> anzuerkennen, daß dem Kläger auf jene Güter aus dem Lehnsverbande des v. H.schen Communlehns des Schlosses und Hauses H. nebst Zubehörungen agnatische Rechte zustehen, und die Eintragung dieser Rechte bei den gedachten Gütern im Hypothekenbuche zu bewilligen.

Die Klageschrift gründete dieses Begehren darauf, daß jene Güter Pertinenzen des Communlehns seien, daß dem Kläger nach den Lehnbriefen die Eigenschaft eines Mitbelehnten und Agnaten im weiteren Sinne zustehe, auch die Wiederherstellung der Rechte der Agnaten in der Preußischen Verordnung vom 11. März 1818 sich nicht auf die Agnaten im engsten Sinne des Wortes beschränke.

Den klägerischen Anträgen gemäß erkannte auch das

Kreisgericht zu Heiligenstadt am 18. Mai 1858. Auf Appellation des Verklagten wies jedoch das Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Halberstadt vom 20. April 1859 den Kläger mit seiner Klage angebrachtermaaßen ab. Dasselbe nahm an: Kläger habe hinsichtlich jenes Lehns nur die Rechte eines Mitbelehnten und Gesammthänders, nicht eines coinvestitus in specie gehabt; jene Rechte aber seien durch die Königliche Westphälische Gesetzgebung aufgehoben und durch die Verordnung vom 11. März 1818, welche nur die Successions-Rechte der Agnaten herstelle, nicht wieder zur Geltung gebracht worden. Die Behauptung des Klägers in der Appellations-Instanz, er gehöre auch zu den Agnaten der Verklagten im engeren Sinne enthalte nicht nur eine unzulässige Aenderung des Klagegrundes, sondern sei auch unerwiesen geblieben.

In der Revisions-Instanz stellte der erste Senat des Ober-Tribunals, auf Antrag des Revidenten, das erste Urtel durch Erkenntniß vom 9. Januar 1860 wieder her.

Zur Rechtfertigung des obenstehenden Präjudizes enthält es folgende

Gründe:

Was die Deutung der Verordnung vom 11. März 1818 anlangt, so heißt es im Eingange dieser Verordnung „über die Lehne und Fideicommisse in den jenseits der Elbe gelegenen Provinzen:“ es seien in jenen Provinzen Zweifel „über die Fortdauer der agnatischen Erfolgerechte in Lehne und Fideicommisse“ entstanden. Nach dem §. 1. sollen nun diejenigen Lehne und Fideicommisse, welche vor Einführung des Allg. Landrechts nach dem Inhalte westphälischer oder französischer Verordnungen bereits völlig aufgehoben waren, fernerhin freies Eigenthum bleiben. Sodann lautet der §. 2.

> Wenn dagegen nach dem Inhalte jener fremden Verordnungen die Verwandlung in freies Eigenthum erst bei einem künftigen Successionsfalle eintreten sollte, und wenn dieser vorbehaltene Successionsfall zur Zeit der Einführung Unsers Allg. Landrechts noch nicht eingetreten, wohl aber stets möglich geblieben war, so sollen die vor der fremden Gesetzgebung geltend gewesenen Erbfolgerechte der Agnaten hierdurch von Neuem bestätigt sein.

Und eine Declaration dieser Verordnung vom 1. Juli 1820 (Ges.-Samml. S. 131.) beginnt:

> In der Verordnung vom 11. März 1818 haben Wir bestimmt, daß für diejenigen Lehne und Fideicommisse rc. die Erfolgerechte der Agnaten . . . als wiederhergestellt betrachtet werden sollten.

Der Appellations-Richter versteht, in Uebereinstimmung mit einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 13. Juni 1837 (Entscheidungen Bd. III. S. 33 ff.) unter den Agnaten, deren Erbfolgerechte bestätigt werden, lediglich, nach der Definition des §. 15. Thl. I. Tit. 18. A. L. R., „solche Seitenverwandte männlichen Geschlechts, welche durch eine ununterbrochene Reihe männlicher ehelicher Nachkommen von demselben ersten Erwerber, wie der nutzbare Eigenthümer, abstammen."

Es ist nun zu zeigen, daß der Ausdruck „Agnaten" in der Verordnung erstens nicht auf den engen Begriff des §. 15. l. c. zu beschränken sei, zweitens, daß er die Gesammthänder mit umfassen solle.

A. Jener negative Satz ergiebt sich aus Folgendem:

1. Nach den Eingängen zu der Verordnung und ihrer Declaration werden die agnatischen Erbfolgerechte auch für Fideicommisse wiederhergestellt. Unzweifelhaft trifft

diese Wiederherstellung die Rechte der Fideicommiß-Anwärter, ohne Rücksicht darauf, ob diese vom ersten Erwerber des Fideicommisses abstammen oder nicht. Sie trifft beispielsweise, wenn der Stifter das Fideicommiß zunächst für seinen ältesten Sohn, eventuell für den zweiten Sohn, oder für seinen (des Stifters) Bruder und ihre Nachkommen gegründet hat, sicherlich auch die Linie dieses zweiten Sohnes resp. Bruders, wie wohl sie nicht vom ersten Erwerber, resp. nicht einmal vom Stifter abstammt. Ueberhaupt will für die Succession in Fideicommisse der Begriff der Agnaten nach gedachtem §. 15. gar nicht passen.

2. In Thl. I. Tit. 18. §§. 402. 404. 407. 413. werden auch diejenigen Seitenverwandten des ersten Erwerbers des Lehns, welche kraft der dem Lehne beigelegten Eigenschaft eines alten Lehns oder kraft Mitbelehnung ein Successionsrecht zusteht, als Agnaten bezeichnet. Es giebt also auch nach dem Landrechte selber noch andere Lehnsagnaten, als die im §. 15. begriffenen, und es würde wenn nun die Verordnung die Rechte der Agnaten ganz allgemein bestätigt, gewiß kein Grund vorliegen, die in den §§. 402 ff. erwähnten agnatischen Rechte von dieser Bestätigung auszuschließen.

3. Bei Lehnen und Fideicommissen hat die rechtliche Stellung nicht nur der Seitenverwandten des Besitzers, sondern auch seiner Descendenten einen eigenthümlichen Charakter. Beim Lehn schließt nach der Regel der Sohn die Tochter aus, beim Fideicommiß succedirt auch er ex pacto et providentia majorum u. s. w. Sollten denn diese, durch die fremdherrliche Gesetzgebung aufgehobenen Befugnisse der nächstberechtigten Folger, von der Wiederherstellung gar nicht umfaßt worden sein? Unbedenklich sind sie unter den bestätigten agnatischen Rechten mitbegriffen.

wie dieses auch in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 26. Juni 1854 — Entscheidungen XXVIII. S. 322. 323. — angenommen worden ist, als es sich darum handelte, ob die in der Declaration vom 1. Juli 1820 zur Lehnsrevocation geforderte Anmeldung der agnatischen Successionsrechte auch für die Descendenten des Veräußerers gelte.

Es erhellt also, daß in dreifacher, weit führender Richtung die Definition im §. 15. cit. für die durch die Verordnung bestätigten Agnatenrechte eine viel zu enge und schlechthin unanwendbare ist, daß demnach für diese Agnatenrechte ein weiterer Begriff zu ermitteln bleibt.

B. Zu dem positiven Satze, daß ein solcher weiterer Begriff auch die Rechte der Gesammthänder umfasse, führt im Allgemeinen schon die Betrachtung, daß ein Begriff, welcher außer den Rechten der Agnaten im Sinne des §. 15. Thl. I. Tit. 18. auch noch die der Fideicommiß-Anwärter, der in den §§. 402 ff. gedachten Agnaten und der Descendenten des Besitzers einschließen soll, nicht wohl anders, als in dem, bei Lehnen und Fideicommissen gewöhnlichen und ihnen gemeinsamen Erbrecht gefunden werden kann, nach welchem die durch Männer verwandten Mannspersonen, die Agnaten, allein, oder doch vor den Cognaten succediren. So daß, nach dem Ausdruck der Entscheidungen a. a. O. S. 323. die Verordnung unter Agnaten die „durch die sogenannte agnatische, der gewöhnlichen Civilerbfolge entgegengesetzte Erbfolge bestimmten Successoren in Lehne und Fideicommisse" versteht, oder, was insonderheit die Lehne betrifft, nach den Worten Eichhorn's, Deutsches Privatrecht §. 192.: „Die aus der Lehnserrichtung überhaupt berechtigten agnati, Lehnsfolger." Und wenn dieser Rechtslehrer unmittelbar hinzufügt: „wo-

hin im Deutschen Lehnrecht auch die Mitbelehnten gehören," so erhellt dieses Gehören in der That aus der ganzen Geschichte und der neuern Natur der gesammten Hand (vergl. Entscheidungen XVI. S. 318 ff. und XIII. S. 485.).

Das Longobardische Lehnrecht giebt unter den Seitenverwandten des letzten Besitzers ein Erbrecht regelmäßig nur denen, die noch von dem ersten Erwerber des Lehns abstammen, außerdem noch den Seitenverwandten des ersten Erwerbers kraft eines besondern pacti investiturae, oder bei einer Coinvestitur kraft eines gewissen nähern Verhältnisses der Coinvestirten zu einander und zu dem Gute nach I. F. 20. Das Deutsche Lehnrecht kannte ursprünglich eine Vererbung des Lehns nur auf die Descendenten des Besitzers. Die fehlende Erbfolge der Seitenverwandten wird dadurch ersetzt, daß mehrere Söhne des verstorbenen Mannes das Gut nicht nur zu gesammter Hand empfangen, sondern auch gemeinsam in „Scheffel, Brot und Rauch" leben und sich dem Lehnsherrn als eine Person darstellen, so daß, wenn einer von ihnen unbeerbt verstirbt, der Genußantheil der übrigen vi juris de non decrescendo sich erhöhet. Dieser ursprünglichen gesammten Hand wurde seit dem vierzehnten Jahrhundert zum Vortheil der Lehnfolger diejenige nachgebildet, welche, wenn gleich die Lehnserben nicht zusammen bleiben, sondern sich auseinandersetzen, dennoch vom Lehnsherrn jedem der Lehnserben für dasjenige vom Gute, welches er nicht im Besitz erhält, gewährt wird. Unter dem Titel sonach eines Miteigenthums ohne Besitz erlangen diese neueren deutschen Mitbelehnten oder Gesammthänder diejenigen Erbfolgerechte und Einwirkungen auf die Dispositionen des besitzenden Vasallen,

welche nach Longobardischem Lehnrecht den oben bezeichneten Seitenverwandten des Besitzers zustehen.

Die Rechte aus der gesammten Hand eigneten sich zur Vertretung nicht nur der Erbfolgerechte, welche das Longobardische Recht den Nachkommen des wirklichen ersten Erwerbers gewährt, sondern auch derer, welche es bei einem **feudum novum jure antiqui concessum** den Nachkommen eines fingirten **primus acquirens**, oder im Falle des **I. F. 20.**, den gemeinsam beliehenen Brüdern und ihren Descendenten einräumt. Ja selbst über diese Fälle hinaus konnten vermöge der gesammten Hand sogar solche Personen, welche einer dem ersten Erwerber fremden Familie angehören, als sogenannte **coinvestiti praesentati**, zur Lehnssuccession gelangen.

Auch nach dem Eindringen des longobardischen Lehnrechts in Deutschland hat sich in manchen nördlichen Gebieten das Institut der gesammten Hand einflußreich erhalten, wiewohl in mannigfacher Weise. Nach dem Lehnrecht Pommerns und einiger anderer Länder ist die Mitbelehnung oder gesammte Hand für die vom ersten Erwerber abstammenden Agnaten zwar nicht erforderlich, aber sie überhebt doch diejenigen, welche mit dem Lehnslasser gleichen Namen, Schild und Helm tragen, des Nachweises dieser Abstammung, (Zettwach Pommersches Lehnrecht §. 179, 180.) In dem weitverbreiteten Sächsischen Lehnrecht (Pinder Prov.-Recht der Preußischen vormals Sächsischen Landestheile §. 215.), in den ältern hannoverschen Provinzen (Grefe, hannov. Privat-Recht, 2. Auflage II. 174.), in Hessen-Cassel (Pfeiffer) in Braunschweig (Pufendorf Obh. IV. C. 220.) theilweise in Ostpreußen (Duesberg, in Simon's Zeitschrift f. w. Bearb. des Preuß. Rechtes Bd. II. 310. 311.) in der Mark, namentlich auch in der

Altmark (Goetze Prov.-Recht der Altmark, I. 126., 136.) im Herzogthum Magdeburg (v. Klewitz Prov.-Recht §. 116 ff.) im Halberstädtischen (Lenze Prov.-Recht S. 8. 131. 375 ff.) erhielt sich dagegen der Grundsatz, daß für alle diejenigen, welche nicht vom letzten Lehnsbesitzer abstammen, die Lehnfolge lediglich auf der gesammten Hand beruhe. Ein Grundsatz der dort, wo, wie in der Mark, im Magdeburgischen, Halberstädtischen, der Nexus mit dem Lehnsherrn gelöst wurde, sich dahin modificirte, daß nunmehr das Successionsrecht auch auf Abstammung von früheren Mitbelehnten gestützt werden konnte, (s. das Edict vom 4. August 1763 §. 5. §. 18. und v. Hermensdorff Märk. Prov.-Recht I. §. 87.) In allen diesen Gebieten aber gab die Mitbelehnschaft den überwiegenden, den stärkeren Grund ab. Sie reicht allenthalben zur Lehnssuccession hin und ist meistens unerläßlich; die Agnation reicht nur zuweilen hin und ist nie unerläßlich.

Als weitere Folgen dieser Zustände ergaben sich:

1. Mochte die gesammte Hand für die Seitenverwandten das unerläßliche Erforderniß zur Lehnsfolge sein, oder nur den Beweis der Agnation ersparen, so trat selbst in dem letzteren Falle die Agnation immer weiter in den Hintergrund, je länger der Besitz der Familie dauerte. Es fiel ja ungleich leichter, auf Grund der Mitbelehnung des Vaters die eigene gesammte Hand und damit das Successionsrecht zu gewinnen, als den Beweis der Abstammung vom ersten Erwerber oder auch nur von einem mit dem Lehnslasser gemeinschaftlichen Stammvater durch eine Reihe von Jahrhunderten zu liefern.

2. Wo die gesammte Hand üblich geblieben, trifft thatsächlich beim Lehnfolger die Eigenschaft eines Agnaten und eines Mitbelehnten gemeiniglich zusammen. Denn der

Agnat hat dringenden Anlaß, die Mitbelehnung, sei es zur Gewinnung oder zum leichteren Beweise des Successionsrechts zu suchen; anderer Seits besteht die überwiegende Mehrzahl der Mitbelehnten doch aus solchen, deren Vorfahren sich früher als Abkömmlinge oder doch als Seitenverwandte des ersten Erwerbers nachgewiesen haben, aus solchen also, die wirklich zu den Agnaten im Sinne des §. 15. Thl. I. Tit. 18., oder doch der §§. 402 ff. ibid. gehören.

3. Die Mitbelehnten haben als Miteigenthümer des vasallus possessor dieselben Rechte wie nach Longobardischem Lehnrechte die Agnaten. Deswegen nennt das Allgemeine Landrecht in dessen Gebieten ja die Mitbelehnschaft so weit verbreitet war, (vergl. §. 411. Thl. I. Tit. 18.) nicht nur regelmäßig Agnaten und Mitbelehnte neben einander, sondern es hat sogar die für die Mitbelehnten geltende Vorstellung eines Miteigenthums am Lehn auf die Agnaten, §. 17. Thl. I. Tit. 18. ausgedehnt, und somit das condominium utile als die Grundlage der einzelnen Befugnisse beider Arten der Lehnsfolger hingestellt — vergl. Entscheidungen XVI. 320 ff. — Aus dieser Gleichheit der Rechte der Agnaten und Mitbelehnten und aus jenem gewöhnlichen Zusammentreffen beider Qualificationen erklärt sich denn auch, wie die Gesetzgeber sich nicht nur beider Ausdrücke neben einander, sondern auch zuweilen des einen statt beider bedienen. Die Magdeburger Polizei-Ordnung begreift unter den „Mitbelehnten" auch die Agnaten, v. Klewitz Prov.-Recht II. 54. Die Märkische Lehnsassecuration von 1717 bezeichnet in den §§. 1. 2. mit Gesammthändern ganz dieselben Personen, welche sie im §. 4. Agnaten nennt. Die Lehnsconstitution vom 1. Juni 1723 erklärt im §. 3. a. E., daß sie unter „Agnaten" diejenigen Vettern verstehe, welche aus der gesammten Hand ein jus succedendi haben, und der §. 4. bedient sich für dieselben Personen nach ein-

ander der Ausdrücke: Vettern und Agnaten, Vettern und Gesammthänder, Agnaten und Lehnsfolger, Gesammthänder. Eben so gebraucht das Edict vom 4. August 1763 promiscue die Bezeichnungen: Gesammthänder und Agnaten, Lehnsvettern und Mitbelehnte, aber auch Gesammthänder, und im §. 9. Agnaten schlechtweg. Das Allgemeine Landrecht selber spricht einigemale von Agnaten, wo nach dem Zusammenhange die Agnaten im engeren Sinn und Mitbelehnten gemeint sind, Thl. I. Tit. 18. §. 193. vergl. 261., §§. 328. 329. vergl. §. 332., §. 300. und §. 576. vergl. §. 577., §. 368. vergl. §. 369. Auch ein nachlandrechtliches Gesetz, die Declaration vom 5. November 1843 (Ges.-Samml. S. 339.) versteht in dem passus: „daß die Einwilligung der Agnaten zur Verpfändung nur von denjenigen Agnaten zu erfordern ꝛc." sichtlich unter den Agnaten die nachher genannten Successionsberechtigten überhaupt, vergl. Scholz v. Hermensdorff Prov.-Recht §. 67. Endlich hat auch das Ober-Tribunal keinen Anstand genommen, in seinen Präjudizien (z. B. Nr. 497. 620. Sammlung I. S. 102.) unter „Agnaten," „agnatischer Consens," die zur Einwilligung berechtigten Lehnsfolger überhaupt, resp. deren Consens zu begreifen.

Innerhalb des Königreichs Westphalen nun hatte für die Hessischen, Hannoverschen, Braunschweigischen, Altmärkischen, Magdeburgischen, Mannsfeldischen, Quedlinburgischen und Halberstädtischen Gebiete, (vergl. Duesberg in Simon's Zeitschrift II. 335 ff.), mithin für den größten Theil des Reiches die gesammte Hand im Sinne einer Unentbehrlichkeit zur Lehnfolge der Nichtdescendenten des letzten Besitzers bestanden, in anderen Provinzen aber z. B. im Fürstenthum Paderborn (Wigand Prov.-Recht I. 276.) und im Eichsfelde (Hartmann Prov.-Recht S. 108.

Note 1., S. 135. N. 9., S. 137.) hatte sie wenigstens zur Stellvertretung des Beweises der Agnation sich erhalten. Als daher das Decret vom 28. März 1809, unter Aufhebung der Lehnssuccessionsrechte im Art. 3. noch eine einmalige Succession nach Lehnrecht zuließ, so bediente es sich im Art. 4. für diejenigen, denen dieser Vorbehalt zu Gute kommen sollte, des allgemeinen Ausdrucks der „zur Lehnsfolge berechtigten," fügte aber dann im Artikel 6. hinzu:

> Der 4. und 5. Art. . . . . finden gleichfalls auf die, welche in der teutschen gesammten Hand oder Mitbelehnung sich befinden, ihre Anwendung.

Wollte man nun annehmen, daß der §. 2. der Verordnung vom 11. März 1818 nur die Rechte der Agnaten im Sinne des §. 15. Thl. I. Tit. 18., mit Ausschluß der Rechte der Mitbelehnten bestätigt habe, so würde er in strenger Consequenz folgenden Zustand bereitet haben.

1. In denen an Preußen gefallenen Gebieten des Königreichs Westphalen, wo die Collateralen des letzten Besitzers nur kraft einer Mitlehnung succedirt hatten, namentlich in der Altmark, im Herzogthum Magdeburg, in den Fürstenthümern Halberstadt und Quedlinburg, in der Grafschaft Mannsfeld, somit in dem beträchtlichsten Theile der Länder, für welche jene Verordnung überhaupt Wirkung finden konnte, wären die durch die fremdherrlichen Gesetze aufgehobenen Lehnfolgerechte nicht wiederhergestellt worden, denn die Agnaten als solche hatten kein Lehnfolgerecht.

2. Wo, wie im Paderbornschen u. s. w., die Lehnfolge zwar jenen Agnaten zustand, diesen aber durch Gewinnung der gesammten Hand der Beweis einer Abstammung vom ersten Erwerber erspart wurde, wäre durch den Wegfall der Rechte aus der Mitbelehnung doch eine große Gefährdung ihres Successionsrechtes eingetreten.

3. Wenn nach dem Westphälischen Decrete zur vorbehaltenen Lehnssuccession etwa ein Gesammthänder berufen, der Successionsfall aber im Jahre 1818 noch nicht eingetreten war, hätte der Mitbelehnte nach der Preußischen Verordnung sogar dasjenige Recht, welches das Decret ihm noch gegönnt hatte, verloren.

Schon hiernach leuchtet ein, daß in den Absichten der Verordnung vom 11. März 1818 ein Ergebniß nicht liegen konnte, welches nur für einen so geringen Theil der darin benannten Provinzen und auch für diesen nur in precärer Weise die Lehnfolgerechte der Seitenverwandten wieder herstellen, welches sogar in manchen Fällen die von einer feindlichen Gesetzgebung noch geachteten Befugnisse ihnen versagen würde. Ueberhaupt ist nicht der mindeste Grund erfindlich, warum eine wesentlich restaurirende Gesetzgebung die beiden so eng verwachsenen Gründe der Lehnfolge hätte auseinanderreißen und dabei den vorherrschend wirksamen Grund völlig opfern wollen.

Auch die Einsicht in die Materialien der Verordnung hat einen solchen Grund nirgends ergeben. Bei der Discussion des Staatsraths über die zu erlassende Bestimmung kommt außer einem Citate des §. 17. Thl. I. Tit. 18. A. L. R. das Wort „Mitbelehnter“ oder Gesammthänder gar nicht vor. Da nun nach dem Anlasse der Verordnung, welcher das ganze Lehnfolgerecht in dem fraglichen Gebiete umfaßte und nach der Bedeutung des Instituts der Mitbelehnschaft für jenes Lehnfolgerecht nicht anzunehmen, daß die Rechte der Mitbelehnten von vornherein außer aller Berücksichtigung hätten bleiben sollen, so leitet schon dieses Stillschweigen zu dem Schlusse, daß unter den Agnaten zugleich die Mitbelehnten haben verstanden werden sollen. Das erhellt aber auch aus folgenden einzelnen Umständen.

1. **Die Berathungen gedenken einer Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 28. December 1809 (Rabe X. 261.),** wonach, zur Retorsion gegen die fremdherrlichen, insbesondere Westphälischen, auch die Lehnfolgerechte Preußischer Unterthanen treffenden Decrete,

> Unterthanen auswärtiger Staaten .... in denselben Fällen, in denen nach dortigen Gesetzen die agnatischen Rechte auf dortige Lehne nicht mehr stattfinden, dergleichen agnatische Rechte in Unseren Staaten nicht ausüben sollen.

Das Westphälische Decret bedient sich aber gar nicht des Ausdrucks Agnaten, sondern des Wortes „Lehnfolger" und zählt zu diesen auch die Mitbelehnten. Mithin kann auch jene retorquirende Königliche Cabinets-Ordre unter den „agnatischen Rechten" nur die Rechte der Lehnfolger überhaupt gemeint haben.

2. Die Rechte der Agnaten haben in der Verhandlung als Gegensatz nie die Rechte der Mitbelehnten, sondern die lehnsherrlichen Rechte, welche als unwiderruflich erloschen angesehen wurden.

3. Hinsichtlich der Stellung der Folgeberechtigten ging das Gutachten der Justizabtheilung von dem Princip aus:

> Lehne und Fideicommisse für völlig aufgehoben oder aber für völlig fortdauernd zu erklären, je nachdem die bisherigen Gesetze ihre Aufhebung bereits ausgesprochen, oder erst noch den nächsten Successionsfall vorbehalten hatten.

Deshalb lautete der ursprüngliche Entwurf der Verordnung §. 2. a. E.:

> so soll das Lehn oder Fideicommiß hierdurch von neuem .... bestätigt sein.

Als nun gegen diese Fassung monirt wurde: wenn das

Oberlehnseigenthum aufgehoben bleibe, könne man nicht sagen, daß das Lehn noch fortdaure: es daure nur die Lehnssuccession und die damit verbundenen Rechte der Agnaten fort, so trat die Aenderung in die jetzige, oben gedachte Fassung ein. Daß aber damit nicht etwa eine Einschränkung des obigen Princips auf gewisse Arten der Successionsberechtigten gemeint war, erhellt außerdem auch noch daraus, daß in pleno des Staatsraths wiederum jenes Princip

wo noch ein von der fremden Gesetzgebung vorbehaltener Successionsfall bevorsteht, soll die Lehns- und Fideicommißqualität für die Zukunft verbleiben

zur Frage gestellt und in jener letzten Fassung angenommen wurde. Das Princip aber schließt die Wiederherstellung der Rechte der Mitbelehnten ebensowohl als die der Rechte der Agnaten im engeren Sinne ein.

Zur schließlichen Bestätigung der bisher gegebenen Auslegung sind noch die im Appellations-Urtel und dem dort angezogenen Erkenntniß des Ober-Tribunals für die enge Deutung des Ausdrucks „Agnaten" vorgebrachten Gründe zu prüfen.

Das Appellations-Urtel beruft sich darauf, daß die Rechte der Gesammthänder durch das Decret vom 28. März 1809 Artikel 6. ganz allgemein und unbedingt aufgehoben, durch die Verordnung vom 11. März 1818 aber nach ihrem klaren Wortlaute nicht wieder zur Geltung gebracht seien. — Der Artikel 6. indessen wendet auf die Gesammthänder die Art. 4. und 5. an, von denen Art. 4. eine einmalige Lehnssuccession vorbehält, und Art. 5. die Lehnssuccession mit Vorbehalt der obigen Ausnahmen, mithin nicht unbedingt, aufhebt. Klar aber kann der Wortlaut zu Gunsten der engeren Deutung nicht ohne Weiteres

genannt werden, wenn erwiesenermaßen der Ausdruck „Agnaten" noch in weiterer Bedeutung vorkommt.

Die Gründe sodann des Urtels vom 13. Juni 1837 (Entsch. Bd. III. S. 33 ff.) machen

1. geltend: die Verordnung von 1818 sei als ein neues Gesetz, durch welches bisher bestandene Rechtsverhältnisse und zwar mit rückwirkender Kraft geändert würden, strenge auszulegen. Allein die Verordnung ist einmal kein neues Gesetz im gewöhnlichen Sinne, indem sie theils nur entstandene Zweifel lösen, theils und besonders einen noch vor wenigen Jahren lebenden, durch eine fremde Gesetzgebung vorübergehend gestörten Rechtszustand, so weit thunlich, von neuem bestätigen will. Sodann darf jene so allgemeine Auslegungsregel doch nur zur Anwendung dienen, wenn besondere Gründe der Entscheidung fehlen. Hier aber ließ sich speziell nachweisen, daß eine strenge Beschränkung der „Agnaten" auf den Sinn des §. 15. Thl. I. Tit. 18. nahezu unmöglich fällt. Es wird

2. bemerkt: der Sprachgebrauch des §. 15. Thl. I. Tit. 18. des A. L. R. sei der allgemein übliche. Es hat sich jedoch ergeben, daß das Allg. Landrecht selber noch einen weiteren Sprachgebrauch kennt, daß sonstige Preußische Gesetze sowohl provinzielle als allgemeine, unter den Agnaten zum öftern die Mitbelehnten begreifen, daß die Rechtslehrer und die Gerichte gleichfalls Agnaten für Lehnssuccessoren gebrauchen, und daß überhaupt die agnatische Erbfolge der cognatischen (vergl. Paetz Lehnrecht §. 104.) gegenübergestellt wird. — Jene Entscheidungsgründe führen

3. noch aus: wenn der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, die Herstellung der Lehnfolgerechte weiter auszudehnen, so würde es nahe gelegen haben, den Ausdruck „Herstellung aller Lehnfolgerechte" zu gebrauchen. Allein hierbei wird

erstlich übersehen, daß auch die Rechte der Fideicommiß-Anwärter wiederhergestellt werden sollten, jener Ausdruck also doch zu wenig umfaßt hätte. Zweitens ist hervorzuheben: die in den fraglichen Ländern „vor der fremden Gesetzgebung geltend gewesenen" Collaterallehnfolgerechte beruhten vorzugsweise auf der gesammten Hand. Wäre es also die Absicht gewesen, die Rechte aus der gesammten Hand ganz fallen zu lassen, und nur die auf der engeren Agnation beruhenden zu bestätigen, oder etwa die früheren Rechte der Mitbelehnten auf die Agnaten im engeren Sinne zu übertragen, so würde jene höchst beträchtliche Beschränkung der Wiederherstellung oder diese Uebertragung doch irgend wie ihren besonderen Ausdruck gefunden haben. Daran fehlt es aber nicht nur in dem Gesetz, sondern auch in den demselben vorausgegangenen Berathungen ganz und gar. Vielmehr ergeben drittens diese Berathungen, wie man zu der Fassung „agnatische Erfolgerechte" gelangte, und wie dieselbe einen Gegensatz zu den Rechten der Mitbelehnten nicht ausdrücken sollte.

Ist hiernach überhaupt das Ergebniß gewonnen, daß die „Agnaten," deren Erbfolgerechte die Verordnung vom 11. März 1818 von neuem bestätigt, in einem weiteren, die Mitbelehnten oder Gesammthänder nicht ausschließenden Sinne zu nehmen seien, so könnte, weil die Verordnung späterhin nur von „Gliedern der Familie" spricht, noch näher gefragt werden, ob jener Ausdruck nur solche Gesammthänder umfasse, welche zur Familie des Lehnsbesitzers gehören, (die mitbelehnten Agnaten des ersten Erwerbers im §. 414. Thl. I. Tit. 18. A. L. R.) oder auch Mitbelehnte aus „anderen Geschlechtern" (§. 415. ibid.) begreife. Doch bedarf es für die Entscheidung des vorliegenden Falles eines Eingehens auf diese Frage nicht, da es keinem

Bedenken unterliegt, den Kläger zu den Mitbelehnten der ersteren Art zu zählen, und sonach auch seine Rechte als durch die gedachte Verordnung für wiederhergestellt zu achten.

Es erhellt nämlich zunächst aus den Lehnsacten und und ist auch von beiden Vorderrichtern angenommen worden, daß für die Familie v. H. in Bezug auf das Communlehn des Schlosses umd Hauses H. die Gesammtbelehnung herkömmlich war, und daß der im Jahre 1772 geborene Kläger in sämmtlichen Lehnbriefen seit 1775, namentlich in dem letzten vom Jahre 1804 aufgeführt und mitbeliehen worden ist. Auch haben die Verklagten selber in ihrer Appellationsschrift den Kläger „als Mitbelehnten in diesem Sinne in Bezug auf Schloß und Haus H." anerkannt. Sodann, daß die sämmtlichen Beliehenen sowohl von ihnen selbst als von dem Lehnherrn als Glieder einer Familie erachtet wurden, ergiebt sich theils aus den zur Lehnsempfängniß ausgestellten Vollmachten, in denen es nach Aufzählung der einzelnen v. H. beider Hauptlinien heißt „alle von H. Gebrüder und Vettern und also der ganze Stamm und Geschlecht," theils aus den Lehnbriefen, deren letzter von 1804 des G. F. v. H. als des dermaligen Aeltesten und Lehnsträgers der gesammten Familie v. H. gedenkt und die zu gesammter Hand beliehenen, unter denen der Vater der Verklagten Georg Ernst Carl Friedrich Christian (Nr. 15.) und der Kläger (Nr. 24.), als „sämmtlich Gebrüdern und Vettern v. H." bezeichnet.

Gehört mithin Kläger schon als Mitbelehnter und Agnat im weiteren Sinne zu denjenigen, deren Erbfolgerechte die Verordnung von 1818 von neuem bestätigt, so bedarf es auch nicht der Untersuchung, ob der Kläger seine Behauptung, er stamme vom ersten Erwerber des Lehns ab und sei ein Agnat der Verklagten auch im Sinne des

§. 15. Thl. I. Tit. 18. A. L. R. zu spät aufgestellt, resp. ob er sie dargethan habe. Es mag in dieser Beziehung nur bemerkt werden, daß wenn die Urkunden den Stamm der v. H. als in zwei Hauptzweige, den Lippoldschen und den Ditmarschen, ausgehend darstellen, sie zugleich die Parteien resp. deren Vorfahren als Glieder desselben, nemlich des Ditmarschen Zweiges angeben, und daß der gemeinsame Stammvater Ditmar nach dem Stammbaume einer viel späteren Zeit angehört, als der, unbestritten in den Anfang des vierzehnten Jahrhunderts gesetzte Lehnserwerb des Hauses H. durch die danach benannte Familie.

Endlich ist die unter den Parteien erörterte von den Vorderrichtern verschieden beantwortete Frage, ob dem Kläger eine coinvestitura in specie, oder wie der Appellations-Richter mit den Verklagten annimmt, nur eine coinvestitura simultanea (gesammte Hand schlechtweg) ertheilt worden sei, hier gleichfalls unerheblich. Denn für das Successionsrecht in thesi (im Gegensatze des Erbrechts für den concreten Fall) gilt es gleich, ob der Mitbelehnte nach alter Weise im gemeinsamen Besitze und Genusse geblieben ist, oder ob ihm ein besonderer Theil des Lehns (pars quanta oder auch quota) zugewiesen worden, oder ob er endlich ohne Besitz und Genuß an dem condominium utile Theil hat. Insbesondere bezeugt noch Hartmann a. a. O. S. 139. Nr. 4. für das Eichsfeld, daß der Mainzische Lehnhof eine Naturaltheilung nur als eine divisio ratione fructuum ansah, wodurch das Lehngut selbst nicht für berührt geachtet wurde.

№ 19.

Begründung der Lehnseigenschaft.

Die durch die Lehnsassecuration vom 30. Juni 1717 bewirkte Allodification eines Lehns hat die rechtliche Möglichkeit seiner Erweiterung durch Einverleibung von Pertinenzien nicht aufgehoben. Eines agnatischen Consenses bedarf es dazu nicht.

Lehnsassecuration für die Ritterschaft in der Churmark vom 30. Juni 1717. (Rabe, Sammlung Preuß. Gesetze. I. Bd. 1. Abtheil. S. 441.)

A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 527 ff.

Mit der Erbzinseigenschaft eines Gutes ist dessen Lehnseigenschaft, insbesondere bei einem dergestalt allodificirten Lehne, vereinbar.

A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 26., 34., 35.

Von den beiden Theilen der Feldmark: W. W. (Priegnitz) befindet sich der eine seit 1560 in ununterbrochenem Besitze der Familie v. W., den anderen erwarb erst am 1. August 1753 der damalige Besitzer des ersten Theils und Lehnsbesitzer des Ritterguts St., Otto Ludwig v. W. vom Fiscus zu Erbzinsrecht. Beide mit einander im Gemenge liegenden Theile wurden von O. L. v. W. und seinen Nachfolgern gemeinschaftlich bewirthschaftet, und zwar von dem Letzteren unter dem Namen: Rittergut W. W. Nach Otto Ludwigs Tode ging das ganze dergestalt zusammengesetzte Gut durch Theilungsreceß vom 16. Juli 1763 auf einen seiner Söhne, Hartwig v. W., über. Erst für ihn wurde ein besonderes Folium des Ritterguts W. W.

angelegt, unter Berichtigung seines Besitztitels und Eintragung seiner vier Brüder als Agnaten. Als Hartwig v. W. 1808 starb, gedieh das Gut auf seine zwei Söhne, dann nach dem Ableben des einen ganz auf den anderen, den Major Joachim Friedrich Wilhelm v. W. Dieser starb 1851 und hinterließ als alleinige Allodialerbin seine Wittwe. Im Einverständnisse mit ihr wurde auf Antrag der Königlichen Regierung im Jahre 1853 ein besonderes Hypothekenfolium für den im Jahre 1753 erworbenen Antheil, mit der Bezeichnung desselben, als eines durch das Gesetz vom 2. März 1850 in volles Eigenthum verwandelten Erbzinseigenthums angelegt. Gegen diese Allodialerbin nun haben die als Lehnserben des Majors v. W. legitimirten Kläger den Antrag gestellt: dieselbe zu verurtheilen, anzuerkennen, daß der am 1. August 1753 erworbene Antheil von W. W. mit dem Hauptgute zusammen die Lehnsqualität habe, und darin zu willigen, daß der Besitztitel bei beiden Grundstücken für die Kläger, als Lehnserben des Majors v. W. berichtigt, auch die Lehnsqualität jenes Antheils im Hypothekenbuche vermerkt werde, und daß sämmtliche Revenüen des ganzen Gutes den Klägern competiren.

Die Verklagte dagegen behauptete die Allodialeigenschaft nicht nur der im Jahre 1753 erworbenen Grundstücke, sondern auch des übrigen Theiles von W. W. und bat hiernach, zugleich reconveniendo, die Kläger zu dem Anerkenntnisse zu verurtheilen, daß beide Antheile von W. W. Allodium seien, und darin zu willigen, daß die Lehnsqualität bei dem Rittergute gelöscht, und der Besitztitel für die Verklagte berichtigt werde, die Kläger mit ihren Ansprüchen an das Rittergut abzuweisen und der Verklagten sämmtliche .... Revenüen desselben zuzusprechen.

Das Kreisgericht zu Perleberg hat unter dem 10. Juni

1858 in conventione die Kläger mit ihrem Antrage abgewiesen und zwar hinsichtlich der im Jahre 1753 erworbenen Grundstücke nebst Revenüen gänzlich, im Uebrigen aber angebrachtermaßen, in reconventione die Widerklägerin mit ihrem Antrage abgewiesen und zwar hinsichtlich jener Grundstücke nebst Revenüen angebrachtermaßen, im Uebrigen aber gänzlich.

Auf Appellation beider Theile hat sodann das Kammergericht am 10. März 1859 in conventione abändernd nach dem Klageantrage erkannt, in reconventione das erste Urtel bestätigt.

Gegen dieses Urtel ist Seitens der Verklagten theils die Revision, theils die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und beantragt worden: unter Abänderung resp. nach Vernichtung des Appellations-Urtels die Kläger in conventione abzuweisen, in reconventione sie nach dem Antrage der Widerklägerin zu verurtheilen; wogegen die Kläger um die Bestätigung des Appellations-Urtels gebeten haben. Auf diese Bestätigung hat auch der erste Senat des Ober-Tribunals am 7. November 1859 erkannt.

G r ü n d e.

Die hinsichtlich der Entscheidung in reconventione eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde wird von der Revision nach sich gezogen, so daß für die ganze Sache eine freie Beurtheilung eintritt. Diese führt jedoch dahin, das Appellations-Erkenntniß lediglich zu bestätigen.

Unter den Parteien ist die Eigenschaft beider oberwähnter Antheile von W. W. streitig. Beide sind nach der Ansicht der Kläger L e h n, nach der der Verklagten A l l o d e. Was nun

I. den schon seit dem sechszehnten Jahrhundert im Besitze derer v. W. befindlichen Antheil betrifft, so sind

beide Vorderrichter über die Lehnseigenschaft desselben einig. Der erste Richter hat die Kläger hinsichtlich dieses Antheils angebrachtermaßen nur deshalb abgewiesen, weil sie ihren Anspruch untrennbar auf das Ganze gerichtet haben, und weil, was zu jedem der beiden Antheile gehöre, sich nicht erkennen lasse.

Die theils übereinstimmenden, theils einander verstärkenden Gründe beider Entscheidungen für die Lehnbarkeit dieses Antheils lassen sich dahin zusammenfassen. Die Kläger hatten sich auf einen im Jahre 1560 von Christoph v. W. an die Gebrüder v. W. auf St. mit lehnsherrlichem Consense erfolgten Verkauf der von ihm zu Lehn besessenen Hälfte von W. W. berufen, jedoch nicht das Original des Kaufbriefes, sondern nur eine ältere, von der Verklagten nicht recognoscirte Abschrift desselben und des churfürstlichen Consenses beibringen können. Beide Richter erklären nun mit Recht diese Abschriften für vollkommen glaubwürdig und beweisfähig. Sie wurden nämlich schon im Jahre 1756 von Otto Ludwig v. W. in einem Streite gegen den Fiscus producirt, von der Kriegs- und Domainenkammer als richtig angenommen, sind seit jener Zeit in den amtlichen Etablissementsacten aufbewahrt worden, tragen äußerlich die Spuren des Alters und sind im Sprachgebrauche des sechszehnten Jahrhunderts verfaßt. Der Mangel endlich des Originals erklärt sich aus einem bekannten großen Brande zu St. Nach dem Inhalte dieser Urkunden aber trug der v. W. jene halbe wüste Feldmark vom Landesherrn zu Lehn, hatte er sie zunächst denen v. W. zu St. verpfändet, und verkaufte er sie ihnen dann für sich und seine unmündigen Vettern, sowie sie dieselbe innegehabt und gebrauchet mit Verwilligung ihres Landes- und Lehnsherrn, der als solcher den Kauf bestätigte. Aus dem

Kaufbrief, bemerkt der erste Richter, ergiebt sich auch, warum nur dieser mit Consens denen v. W. zugestellt wurde, nicht aber der ursprüngliche Lehnbrief. Dieser sollte, weil er noch andere Lehne der v. W. betraf, den Verkäufern verbleiben und den Käufern nur zum etwanigen Gebrauch, vorbehaltlich der Rückgabe zugestellt werden.

Zur weiteren Bestärkung der Eigenschaft dieses Antheiles, als eines v. W.'schen Lehns heben die Vorderrichter noch hervor, daß die Verklagte selber Eigenthumsrechte der v. W. an denselben behaupte, ohne einen anderen Erwerbsgrund anführen zu können, daß nach dem Receß der Erben des Otto Ludwig v. W. die ehemalige Schäferei in W. W. — d. i. der ursprüngliche, zu einer Schäferei benutzte Antheil — schon vorher und alle Zeit ein Lehnstück von St. war, und daß auch der unmittelbare Erblasser der Verklagten die Lehnseigenschaft dieses Stückes niemals angefochten hat.

Gegen diese Ausführungen macht Revidentin jetzt in formeller Beziehung nur wiederum das schon im Obigen beseitigte Bedenken, daß der Kaufbrief von 1560 nur in Abschrift vorliege, geltend. Materiell hält sie den laut §. 22. Thl. I. Tit. 8. A. L. R. den Klägern obliegenden Beweis der Lehnseigenschaft nicht für erbracht, weil der v. W. die Feldmark „erb- und eigenthümlich" verkauft habe, weil der Ausdruck: Lehnbrief vieldeutig sei, weil Kläger den eigentlichen Lehnbrief nicht beschafft, auch nicht eventuell die Leistung von Lehnsdiensten nachgewiesen haben. Doch ist ihr auch hierin nicht beizupflichten.

Die Formel des Kaufbriefes „erblich, ewig und eigenthümlichen verkaufen", stände, wie der Appellations-Richter bemerkt, auch im neueren und schärferen Sinne nicht der Lehnsqualität des Kaufobjects entgegen, da das übertragene

dominium utile ja ein erbliches, eigenthümliches Recht einschließt. Im älteren Sprachgebrauch soll indessen jene Formel vornämlich ausdrücken, daß der Verkäufer alles ihm an dem Gute zustehende Recht, wie er es „ererbt, innegehabt, besessen und gebraucht“ auf immer und ohne Vorbehalt übertragen, daß er also namentlich es nicht leihen, mit Vorbehalt einer Unterlehnsherrlichkeit weggeben wolle, sondern den Käufer ganz in seine, des Verkäufers Stelle eines unmittelbaren Vasallen des Landesherrn einrücken zu lassen, beabsichtige. Von einer Verwandlung des Lehns in Allode zu Gunsten des Käufers ist gar nicht die Rede; der v. W. hatte ja nicht die Macht, dem Käufer auch das dominium directum zuzuwenden, und der Lehnsherr consentirt nur in das Geschehene, spricht aber seiner Seits keinen Verzicht auf die Lehnsherrlichkeit aus.

Sodann deutet nichts darauf hin, daß die „Lehnbriefe“, deren der Kaufbrief mehrmals gedenkt, in einem anderen als dem bekannten und gewöhnlichen Sinne genommen worden seien.

Wenn ferner Kläger keinen Lehnbrief über den fraglichen Antheil beschafft haben, so erklärt sich dies für die Zeit vor dem Ankaufe aus jener Einbehaltung der Lehnbriefe durch die Verkäufer, für die spätere Zeit aus dem Umstande, daß das Erkaufte als Lehnstück von St. galt.

Der Mangel endlich eines Nachweises geleisteter Lehnsdienste thut der Kraft eines anderweitig geführten Nachweises der Lehnseigenschaft keinen Abbruch.

So werden die an sich thatsächlich richtigen, zutreffenden und zu diesem Nachweise hinreichenden Gründe der Vorderrichter durch die Einwendungen der Revidentin in keiner Weise geschwächt, und es mußte deshalb von der Lehnbarkeit

zunächst dieses älteren Antheils bei der Entscheidung der Sache ausgegangen werden.

II. Hinsichtlich der Beschaffenheit des erst im Jahre 1753 von Otto Ludwig v. W. der Familie erworbenen Antheils der Feldmark gehen die Ansichten der Vorderrichter auseinander.

Der erste Richter hält ihn für Allode. Denn der Vertrag von 1753 übertrage ihn klärlich nur zu Erbzins, nicht zu Lehn. Die Eigenschaft eines Erbzinsgutes habe er weder durch seine Vereinigung mit dem lehnbaren Antheil zu einem wirthschaftlichen Gutscomplex, noch durch den Erbreceß von 1763 und die späteren Vorgänge einbüßen können. Zur Verwandlung in Lehn würde vielmehr die Zustimmung nicht nur der Erben des Besitzers, sondern auch des Landesherrn, als Obereigenthümers, erforderlich gewesen sein. Und dessen Rechte hätten den Umständen nach auch nicht durch Verjährung verloren gehen können.

Der Appellations-Richter entscheidet sich dagegen für die Lehnseigenschaft auch dieses Antheils und zwar aus doppeltem Grunde.

A. Indem er davon ausgeht, daß in Folge der Lehnsassecuration von 1717 die Lehnseigenschaft eines churmärkischen Rittergutes sich lediglich durch das Vorhandensein successionsberechtigter Agnaten uud Gesammthänder bestimme, und daß die einzelnen Familien ermächtigt seien, wegen der Succession, der Abfindungen der Töchter u. s. w. Verträge und Ordnungen unter sich zu errichten, führt er aus, daß die Lehnseigenschaft von W. W. vollständig und allein schon durch den Theilungsreceß von 1763, der Verklagten als Allodialerbin des letzten Besitzers gegenüber, in unanfechtbarer Art festgestellt werde. Nach dem Tode des Otto Ludwig v. W., welcher das von ihm selbst ver-

einigte Gebiet des heutigen Rittergutes W. W. sowie auch das Lehngut St. besaß, hätten seine sämmtlichen Erben, nämlich die Wittwe, 5 Söhne und 5 Töchter, unter Anerkennung der Lehnseigenschaft beider Güter, sich nach den Vorschriften der Lehnsconstitution auseinandergesetzt. Sie hätten irgendwelche Allodialrechte auf W. nicht geltend gemacht. Der Receß betrachte vielmehr die beiden Rittergüter als lediglich den 5 Söhnen zugefallen, lege die Theilung nach Maßgabe der Lehnsconstitution in der Art an, daß er St. dem Ernst Friedrich, W. aber dem Hartwig v. W. für die Taxe überweise, für die anderen 3 Söhne, die Töchter, die Wittwe, Geldabfindungen festsetze, welche für die Brüder auf den Gütern stehen bleiben sollen, bis sie dieselben wieder in Lehn anlegen, wogegen ihnen die gesammte Hand in beiden Gütern verbleibe. Auf Grund dieses obervormundschaftlich genehmigten Recesses sei der Besitztitel für den Hartwig v. W. berichtigt, und seien die Brüder auf dem Folium von W. W. als Agnaten und Gesammthänder, sowie auch die Lehnsabfindungen eingetragen worden. Der Erblasser der Verklagten sei wiederum nur als Sohn und Erbe des Hartwig v. W. in den Besitz von W. getreten, müsse die Handlungen seines Erblassers anerkennen und dürfe die auf Grund derselben erfolgten agnatischen Eintragungen ebensowenig ignoriren als anfechten.

Der erste Richter setze voraus, daß es sich um eine Verwandlung des Erbzinsguts in Lehn handle. Diese Ansicht sei irrig. Beide Eigenschaften könnten neben einander bestehen, und zwar ohne Gefährdung des Erbzinsherrn, namentlich bei allodificirten Lehen. Der Besitzer des schon früher lehnbaren Antheils habe also auch den erbzinsweise erworbenen Antheil mit jenem verbinden und

für ihn die gleichen agnatischen Rechte begründen dürfen. Jedenfalls würde nur der Erbzinsherr solche Bestimmung haben anfechten können, nicht aber ein Dritter, am wenigsten derjenige, welcher das Lehnsverhältniß anerkannt und mit festgesetzt habe, oder der, gleich der Verklagten, seine Rechte lediglich von einem solchen ableite.

B. Aber auch abgesehen von dem Theilungsreceß und vor demselben sei die Lehnseigenschaft des ganzen Gutes W. W. anzunehmen. Beide Theile desselben liegen im Gemenge und seien schon von Otto Ludwig v. W. als Ganzes benutzt; namentlich habe er, wie der Erbzinsvertrag ihm zur Pflicht gemacht, darauf Wirthschaftsgebäude errichtet, resp. mit Wirthen besetzt, mithin beide Theile zu einander in Pertinenz gebracht. Der ältere Theil sei Lehnstück von St. gewesen; wurde nun mit diesem, dem der Besitzer wegen der agnatischen Rechte seine Lehnseigenschaft nicht entziehen konnte, der später erworbene Theil vereinigt, so sei hierdurch jenes lehnbare Stück vergrößert worden. Es liege hier der Fall einer Lehnseinverleibung nach §. 529. Thl. I. Tit. 18. A. L. R., dessen Vorschrift auch für das Märkische Provinzialrecht gelte, vor. Die Anlegung eines besonderen Folii für den Erbzinsantheil in neuester Zeit sei hier schon deshalb bedeutungslos, weil der Hypothekenrichter dabei ausdrücklich die Frage, ob das Grundstück Lehn oder Allode sei, unentschieden gelassen habe.

Von diesen beiden Fundamenten des Appellations-Richters erscheint zunächst das erste, aus dem Theilungsreceß von 1763 hergeleitete, als wohl begründet und für sich entscheidend. Das erhellt noch deutlicher bei der Prüfung der hierher gehörigen Aufstellungen der Revidentin.

1. Dieselbe vermeint, der Receß habe die Lehnseigenschaft von W. W. nur dann der Verklagten gegenüber vollständig

feststellen und unanfechtbar machen können, wenn sämmtliche im Jahre 1762 lehnsberechtigte v. W.sche Agnaten daran Theil genommen. Aber nur die Wittwe und die zehn Kinder des Otto Ludwig v. W. hätten ihn geschlossen. Weder die Kläger selber, noch ihre Vorfahren resp. Erblasser seien Nachkömmlinge jener Allodialerben. Ebensowenig sei einer der Kläger dem Recesse beigetreten, oder ihnen die Einwilligung zu dem Beitritt von jenen Erben und ihren Nachkommen ertheilt worden.

Der Einwand ist grundlos. Der im Jahre 1560 erworbene Antheil von W. war seit Alters lehnbar. Ein Act, der den neu erworbenen Theil nicht nur mit dem ältern zu einem Gute, sondern auch gleich dem letzteren lehnbar machte, ist als eine Erweiterung dieses lehnbaren Grundstücks, als eine Einverleibung des neuen Erwerbers in ein Lehn aufzufassen. Solche Einverleibungen aber fallen unter den Begriff der Lehnsmeliorationen (vergl. A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 527 ff.). Gleich anderen Meliorationen bedürfen sie keiner Einwilligung der Agnaten und gedeihen mit dem Lehngute an die berechtigten Lehnserben, sei es, nach Umständen, mit oder ohne Vergütigung an die Allodialerben. Die Kläger aber sind nach dem Einräumen der Verklagten durch Urtel und Recht als die Lehnserben des letzten Besitzers anerkannt.

2. Die Bemerkung der Revidentin, daß der Receß nicht ausdrücklich den zu Erbzinsrecht erworbenen Theil für Lehn erkläre, ist insofern richtig, als der Receß nicht eigends die Lehnseinverleibung ausspricht, sondern vielmehr die Lehnseigenschaft auch dieses Theiles dadurch anerkennt, daß er des „väterlichen Lehngutes W. W." gedenkt und in allen Beziehungen die Grundsätze des Lehnrechts auf dasselbe als Ganzes anwendet. Das genügte aber vollkommen, um

die Contrahenten und namentlich den Hartwig v. W., welchem ganz W. W. als Lehngut zugetheilt wurde, an die Anerkennung jener Lehnseigenschaft zu binden.

3. Revidentin vermißt für eine wirksame Beilegung der Lehnsqualität an den zu Erbzinsrecht erworbenen Antheil, die Zustimmung des Erbzinsherrn, hat aber gegen die Ausführung des Appellations-Richters, daß durch die rechtlich mögliche, gleichzeitige Lehnseigenschaft des Erbzinsgutes die Rechte des Erbzinsherrn nicht gefährdet worden seien, und daß jedenfalls eine Anfechtung jener Eigenschaft nur dem Erbzinsherrn zugestanden haben würde, nichts vorgebracht. Es darf daher auf jene zutreffende Ausführung verwiesen und mag nur noch hinzugefügt werden, daß der Receß von 1763 neben jener Anwendung der Lehnsgrundsätze das Erbzinsverhältniß anerkennt und wahrt, indem er dem Uebernehmer von W. W. den auf dem Erbzinsantheil ruhenden Canon in Capital anrechnet, „wegen der schweren Last des jährlichen Erbenzinses bei dem Gute W. W." den ganzen Lehnscanon bei St. verbleiben läßt, auch für die Berichtigung des noch rückständigen halben Erbenzinses sorgt. Was endlich

4. die von der Revidentin erneuerte Behauptung anbelangt, daß seit der Assecuration neue Lehne nicht geschaffen werden konnten, so handelt es sich in gegenwärtigem Falle nicht sowohl um ein solches Schaffen, als vielmehr um eine, rechtlich davon verschiedene, Einverleibung von Pertinenzen in ein bestehendes Lehn. Aber jene Behauptung ist auch an sich als richtig nicht anzuerkennen. Des Königs Friedrich Wilhelm des Ersten Majestät haben in der Assecuration von 1717 nirgends auf das Recht verzichtet, neue Lehne in der Mark zu errichten. Und eben so wenig verbietet die Assecuration der Ritterschaft das „in völligem

vigore" verbleibende, lehnrechtliche „jus succedendi und die Verbindlichkeit inter agnatos" für andere Güter einzuführen, vielmehr läßt sie ausdrücklich jeder einzelnen Familie die freie Hand, wegen der Succession u. s. w. alles so einzurichten, wie sie es der Conservation der Familie am dienlichsten findet.

Hiernach muß dem Appellations-Richter in dem Ergebniß seiner Untersuchung beigetreten werden, daß, wenn auch Otto Ludwig v. W. den später erworbenen Antheil noch nicht als Lehn sollte behandelt haben, doch seine Erben befugt gewesen sind, dessen Zugehörigkeit zum Lehn anzuerkennen und sie dadurch zu bestimmen, daß ferner Hartwig v. W. im Einverständniß sämmtlicher Allodial- und Lehnserben des verstorbenen Besitzers, das erbzinsweise erworbene Stück als integrirenden Theil des Lehngutes, somit eo ipso als Lehn, empfing; daß die gleichzeitig constituirten Anrechte der männlichen Geschwister als Gesammthänder durch die Eintragung auch hinsichtlich jenes Stücks unumstößlich wirksam geworden und durch die Allodialerbin eines späteren, auf jene Vereinbarung sich gründenden Besitzers, nicht angefochten werden können. Wenn daher Revidentin auch das zweite, vom Appellations-Richter aus der schon vor dem Receß stattgefundenen wirthschaftlichen Verbindung beider Antheile entnommene Fundament für die Lehnbarkeit des Erbzinsantheils anficht, und namentlich bezweifelt, ob das Erforderniß eines, „nicht für sich bestehenden Grundstücks" und folglich der Fall des §. 152. des revidirten Entwurfs des Märkischen Provinzial-Rechts,*)

*) s. v. Scholz und Hermensdorff Provinzialrecht der Kurmark 2. Ausg. Bd. I. S. 33. Es ist dort, wie in dem §. 529. Tit. 18. Thl. I. A. L. R. davon die Rede, daß, auch ohne ausdrückliche Erklärung und Eintragung in das Hypothekenbuch, solche Pertinenzstücke, die kein für sich bestehendes Grundstück ausmachen, dem Lehngute durch die wirthschaftliche Vereinigung mit demselben einverleibt werden.

resp. des §. 529. Thl. I. Tit. 18. des A. L. R. vorliege, so kann dieses Bedenken füglich auf sich beruhen bleiben.

Hieraus rechtfertigt sich zunächst, daß in conventione das vorige Erkenntniß, welches die Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt, bestätigt werden mußte.

In reconventione hat der erste Richter die Widerklägerin nicht nur hinsichtlich des älteren Antheils gänzlich, sondern auch wegen des späteren Antheils, wiewohl er nicht lehnbar sei, doch um deswillen angebrachtermaaßen abgewiesen, weil die Widerklägerin nicht, wie sie gethan, als Allodialerbin ihres Mannes, sondern nur etwa als Allodialerbin des Otto Ludwig v. W. auf den allodialen Theil von W. W. Ansprüche erheben könne. Und der Appellations-Richter hat, wiewohl seine Gründe auf die gänzliche Abweisung der Widerklägerin auch für diesen Theil führten, doch, weil die appellantischen Kläger in dieser Beziehung sich nicht beschwert hatten, primam überhaupt ad reconventionem nur bestätigen können. Und auf die jetzige Bestätigung auch dieses Theils seines Erkenntnisses leitete die in conventione gegebene Entscheidung von selbst hin.

№ 20.

Eintragung dinglicher Lasten bei Anlegung eines Hypothekenbuchs.

Kann der Käufer eines Grundstücks, für welches das Hypothekenbuch noch nicht angelegt war, die bei Berichtigung des Besitztitels für den Verkäufer und Käufer gleichzeitig erfolgte Eintragung einer

dinglichen Last, welche von dem Verkäufer bei seinem Erwerb des Grundstücks vertragsmäßig übernommen und deren Eintragung von dem Berechtigten beantragt war, als zur Ungebühr geschehen, deshalb anfechten, weil er bei Erwerbung des Grundstücks jene Last weder übernommen, noch Kenntniß von ihrem Bestehen gehabt habe?

Hypotheken-Ordnung Tit. 1. §. 49. Tit. 4. §. 29 u. ff.
A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 408.

Bei der Abtrennung des Grundstücks Kowalewo Nr. 30. von den Königlichen Domainen hatte der Käufer dieses Grundstücks v. O. sich in dem Vertrage vom 6. Mai 1852 verpflichtet, den aus dem großen Kowalewoer See durch das Gappaer Mühlenland führenden Graben in den Grenzen dieses Landes zu unterhalten; er ist in dieser Beziehung in alle diejenigen Verpflichtungen getreten, welche dem Fiscus durch den, mit der Kirche zu Kowalewo über die Vertauschung des Gappaer Mühlenlandes gegen Kirchenland am 6. Mai 1787 geschlossenen Vertrag auferlegt sind. Der v. O. hat mittelst Vertrages vom 27. Juli 1852 einen Theil dieses Grundstücks an den W. verkauft, in welchem jener Verbindlichkeit keine Erwähnung geschieht. Zur Zeit als diese Verträge geschlossen wurden, war das Hypothekenwesen von dem qu. Grundstücke und auch von der Domaine nicht regulirt. Das Hypothekenbuch ist erst in Gefolge des Antrages des Fiscus vom 3. December 1852, mit welchem das Gesuch um Eintragung jener Last verbunden war, angelegt und nachdem der W. sein Erwerbungs-Document eingereicht hatte, am 12. October 1853 die Ein-

tragung der Besitztitel für den v. O. und W., sowie der obigen Verpflichtung erfolgt.

Der W. behauptet, erst durch sein Besitztitel-Document Kenntniß von der eingetragenen Last erlangt zu haben. Nachdem er gegen seinen Verkäufer ohne Erfolg auf Befreiung von dieser Last geklagt, der Fiscus aber gegen die Löschung derselben protestirt hatte, hat W. gegen den Fiscus dahin geklagt, daß er die Löschung der auf Vorwerk Kowalewo Nr. 30. Rubr. II. Nr. 1. eingetragenen Lastbewillige. Die Klage ist darauf gestützt, daß die fr. Last zur Ungebühr eingetragen sei, nicht allein, weil die Eintragung von dem v. O. nicht bewilligt worden, sondern auch, weil dieselbe erst erfolgt sei, nachdem v. O. das Grundstück bereits an ihn verkauft hatte, und die Last auf ihn nicht übergegangen sei, weil er dieselbe nicht übernommen und bei dem Abschlusse des Kaufcontracts nicht gekannt habe.

Der Verklagte hat dem Antrage widersprochen und eingewandt, daß es zur Eintragung der fr. Last der Einwilligung des Besitzers nicht bedurft habe, daß die Eintragung rechtzeitig beantragt worden sei, weil das Hypothekenbuch erst habe angelegt werden sollen.

Durch das Kreisgericht zu Marienwerder ist am 23. Februar 1858 der Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt und dieses Erkenntniß ist, nach Vorlegung der Hypotheken-Acten von dem Appellations-Gerichte daselbst am 14. März 1859, bestätigt. Der Appellations-Richter hat auf den Grund des Vertrages vom 6. Mai 1852 festgestellt, daß v. O. die Unterhaltung des fr. Grabens eben so als eine dingliche Last übernommen, wie dieselbe als solche auf seinem Vorbesitzer, dem Fiscus, gelastet habe. Wenn aber dem Kläger bei Erwerbung des Grundstücks eine Kenntniß von der Existenz der Verpflichtung nicht bei-

gewohnt habe, so habe jenes dingliche Recht gegen ihn nicht wirksam werden können, weil es nicht zu den im §. 48. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung, sondern zu den im §. 49. a. a. O. erwähnten Realverbindlichkeiten, welche zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen, gehöre. Der Kläger habe behauptet, daß er weder aus dem Hypothekenbuche, welches zu jener Zeit noch nicht existirt habe, noch sonst vorher bei dem Abschlusse des Vertrages vom 27. Juli 1852 jene Kenntniß erlangt habe und das Gegentheil sei nicht erwiesen. Wenn nun erst am 12. October 1853 das Hypothekenfolium angelegt und an diesem Tage die Eintragung der fr. Verpflichtung erfolgt sei, so sei dies zur Ungebühr geschehen. — Hypotheken-Ordnung §§. 56. 131. Tit. 2. — Der Kläger könne daher die Löschung verlangen.

Die für den Fiscus eingereichte Nichtigkeits-Beschwerde rügt die Verletzung der §§. 48. 49. Tit. 1., §§. 56. 131. Tit. 2. der Hypoth.-Ordnung, der Cabinets-Ordre vom 9. Mai 1839 durch unrichtige Anwendung, ferner die Verkennung der rechtlichen Natur eines dinglichen Rechts und einer dinglichen Verpflichtung und mehrerer anderer Gesetze.

Die Beschwerde ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals für begründet erachtet, demgemäß am 18. November 1859 das zweite Urtel vernichtet und, unter Abänderung des ersten, der Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Gründe.

Es ist streitig und zu entscheiden, ob durch die Eintragung der Verpflichtung des Besitzers des Vorwerks Kowalewo Nr. 30., den Graben aus dem großen Kowalewoer See durch das Gappaer Mühlenland innerhalb dieses Landes zu unterhalten, ein Realrecht, welches gegen den Ver-

klagten, als dritten Besitzer jenes Vorwerks, wirksam begründet worden ist oder nicht. Letzteres hat der Appellations-Richter angenommen, weil die Eintragung zur Ungebühr erfolgt sein soll, und hiergegen ist die Beschwerde des Fiscus gerichtet.

Dieselbe rügt die Verletzung des §. 48. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung durch unrichtige Anwendung; auf dieses Gesetz ist die Entscheidung nicht gestützt; sondern auf den §. 49. l. c., welcher aber richtig angewandt ist. Denn der Appellations-Richter hat zu Gunsten des Verklagten und abweichend von dem ersten Richter mit Recht angenommen, resp. festgestellt, daß der v. O. in dem mit dem Fiscus geschlossenen Vertrage vom 6. Mai 1852 die Unterhaltung des qu. Grabens ebenso als eine dingliche Last übernommen habe, wie solche auf seinem Vorbesitzer, dem Fiscus, gehaftet hatte. Diese Last fällt aber unter die, im §. 49. l. c. erwähnten, durch Vertrag einem Grundstücke auferlegten Lasten, dieselben bedürfen, um gegen einen dritten Besitzer wirksam zu sein, der Eintragung — §. 136. Tit. 2. Thl. I. des A. L. R. —, welche jedoch nur auf den Antrag des Berechtigten erfolgen kann — §. 83. Tit. 2. der Hypoth.-Ordnung —, wie der Appellations-Richter ausgeführt hat. Ein solcher Antrag ist nach der Feststellung des Appellations-Richters gemacht und in sofern ist daher gegen die Eintragung der qu. Last aus dem Vertrage vom 6. Mai 1852 nichts zu erinnern und von dem Appellations-Richter nichts erinnert worden, welcher auch die Legitimation des Fiscus zu jenem Antrage nicht in Zweifel gezogen hat. — Nach der Ausführung des Appellations-Richters soll die Eintragung vielmehr aus dem Grunde zur Ungebühr erfolgt sein, weil der Kläger von der fraglichen Last keine Kenntniß gehabt hat und deren Eintragung

erst bei Anlegung des Hypothekenfoliums, am 12. October 1853, erfolgt ist. Zur Begründung dieses Satzes ist auf die §§. 56. und 131. Tit. 2. der Hypotheken-Ordnung Bezug genommen, welche den Grundsatz aussprechen, daß nur derjenige, für welchen der Besitztitel eingetragen ist, auf ein Grundstück etwas eintragen lassen darf. Die allegirten Paragraphen sind schon aus dem Grunde unrichtig angewandt, weil nicht festgestellt worden ist, daß zu der Zeit, als die qu. Last eingetragen worden, der Besitztitel für den v. O. nicht berichtigt war. Es handelte sich nämlich um die Anlegung eines Hypothekenbuchs für das von den Domainen abgezweigte Vorwerk Kowalewo Nr. 30. und was bei dieser von dem Hypotheken-Richter zu beobachten ist, kommt bei Entscheidung der hier streitigen Frage, ob die qu. Eintragung zur Ungebühr erfolgt ist, allein in Betracht; die Lasten, welche aus den vorgelegten Urkunden sich ergeben und eingetragen werden müssen, muß der Kläger anerkennen, die Nachtheile, welche für den Kläger hieraus entstehen, muß derselbe gegen sich gelten lassen; denn er hat nicht auf den Glauben des Hypothekenbuchs gekauft und mußte sich die Legitimation des Verkäufers, und zu welchen Rechten er besessen hat, durch seinen Contract nachweisen lassen. Bei der Anlegung des Hypothekenbuchs hatte der Hypotheken-Richter zuvörderst die Legitimation des Fiscus als Veräußerers zu prüfen. Durch das, in Gefolge des Gesetzes vom 9. Mai 1839 Nr. 3. ausgefertigte, Attest über den eigenthümlichen Besitz während der Verjährungszeit wurde der Fiscus als Verkäufer des qu. Vorwerks an den Vorbesitzer des Klägers, den v. O., legitimirt und dieses Attest nebst dem Vertrage vom 6. Mai 1852, welche sich nach den Gründen des zweiten Urtels in den Hypotheken-Acten befinden, sind die Grundlage, von welcher der

Hypotheken-Richter bei Anlegung des Hypothekenfoliums auszugehen hatte. Derselbe mußte daher zuerst den Besitztitel für v. O. eintragen, bevor er denselben für den Kläger umschreiben konnte; er mußte gleichzeitig mit der Berichtigung des Besitztitels für den v. O. die qu. Reallast eintragen, weil nur mit dieser Belastung der v. O. das Grundstück erworben hatte und ein Antrag zur Eintragung vorlag. Dies Verfahren war dem Hypotheken-Richter durch den Titel 4. der Hypotheken-Ordnung, insbesondere den §. 29. ibidem vorgezeichnet und auch der §. 408. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. ergiebt, daß bei Berichtigung des Besitztitels früher vom Vorbesitzer constituirte dingliche Rechte eingetragen werden können. Daß der Hypotheken-Richter von diesen Vorschriften abgewichen sei, daß namentlich der Besitztitel für den v. O. nicht berichtigt worden sei, ist weder von dem Kläger behauptet, noch von dem Appellations-Richter festgestellt. Wäre zur Zeit, als das Hypothekenfolium von dem qu. Grundstücke regulirt worden ist, der zwischen dem v. O. und dem Kläger, am 27. Juli 1852 geschlossene, Vertrag noch nicht zu den Hypotheken-Acten eingereicht gewesen; so würde selbst der Appellations-Richter kein Bedenken gehabt haben, die Eintragung der qu. Last für gehörig erfolgt anzunehmen, denn seine Gründe können — so unvollständig dieselben sind — nur dahin aufgefaßt werden, daß die Eintragung zur Ungebühr geschehen ist, weil jener Vertrag gleichzeitig dem Hypotheken-Richter vorgelegen hat und er dadurch bestimmt worden ist, sofort den Besitztitel auf den Kläger umzuschreiben. Allein wenn der Appellations-Richter, — weil dies geschehen ist und der Vertrag des Klägers über die qu. Last nichts enthält — den Hypotheken-Richter für befugt und verpflichtet hält, bei der Regulirung des Hypo-

thekenwesens die qu. Last nicht zu berücksichtigen — und dies muß daraus gefolgert werden, daß er die Eintragung für eine ungebührliche erklärt — so hat er dem Hypotheken-Richter ein Urtheil darüber eingeräumt, ob der Kläger nach dem Inhalte seines Vertrages die qu. Last zu übernehmen hatte. Ein solches Urtheil steht dem Hypotheken-Richter auch bei Anlegung des Hypothekenbuchs nicht zu; derselbe muß vielmehr das, was aus den vorgelegten Urkunden sich zur Eintragung eignet, der Zeitfolge nach eintragen und den Interessenten überlassen, ihre Verhältnisse zu einander durch gütliche Einigung zu reguliren oder durch den Richter feststellen zu lassen. Von diesen Grundsätzen ist der Hypotheken-Richter bei Anlegung des Hypothekenbuchs von Kowalewo ausgegangen. Der Appellations-Richter hat daher die Stellung des Hypotheken-Richters verkannt, wenn er denselben für befugt erachtet, die qu. Last bei Anlegung des Hypothekenbuchs zu übergehen und sich dadurch verleiten lassen, eine Eintragung, welche den Gesetzen vollständig entspricht und welche zu erlangen Fiscus das Erforderliche rechtzeitig gethan hat, für ungebührlich und daher für wirkungslos zu erklären. Dadurch verletzt er aber das Wesen eines durch Eintragung erlangten dinglichen Rechts. Darauf, ob der Kläger bei dem Ankauf des Grundstücks Kenntniß von der fraglichen, auf dasselbe gelegten Last gehabt hat oder nicht, kann es hier nicht ankommen, weil die Frage, ob der Kläger in seinem Verhältnisse zu seinem Verkäufer verlangen kann, mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 183. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R., von jener Last befreit zu werden, hier nicht zu entscheiden ist, sondern es sich nur darum handelt, ob die Eintragung der qu. Last gehörig erfolgt und der Berechtigte

daher befugt ist, das correspondirende Recht gegen den dritten Besitzer zu verfolgen. —

Das zweite Urtel hat daher vernichtet werden müssen. In der Sache selbst hat die, in zweiter Instanz veranlaßte, Beweisaufnahme nach dem im Audienztermine vorgelesenen Actenauszuge ergeben, daß die qu. Last bereits seit dem Jahre 1787 auf den qu. Domainen-Ländereien geruht hat und der v. O. in dem Vertrage vom 6. Mai 1852 in die Verpflichtungen des Fiscus getreten ist, daß auch — wie oben angenommen — der Besitztitel für den v. O. wirklich berichtigt worden ist. Wer derjenige ist, welcher die Grabenräumung resp. Unterhaltung zu fordern berechtigt ist, darüber schweigt die Klage, welche den Domainen-Fiscus nur aus dem Grunde in Anspruch genommen, weil derselbe gegen die Löschung protestirt hat. Der Fiscus, welcher von der auf seinen Grundstücken seit 1787 haftenden Last durch den Vertrag mit v. O. befreiet ist, hat aber in sofern ein Interesse zur Sache, als durch die Eintragung der qu. Last demjenigen, der durch den Vertrag vom 6. Mai 1787 ein Recht gegen ihn erlangt hat, die Geltendmachung dieses Rechts gegen jeden dritten Besitzer gesichert ist, und in sofern konnte von ihm die Zurücknahme der Protestation gegen die Löschung, aber nicht die Bewilligung der Löschung selbst verlangt werden. Nachdem aber die qu. Last rechtsgültig eingetragen ist, kann der Kläger, weil er die qu. Last in seinem Vertrage nicht übernommen und von derselben keine Kenntniß gehabt hat, die Befreiung von der qu. Last von dem Fiscus nicht verlangen, mit welchem er in keinem Rechtsverhältnisse steht. Derselbe muß daher abgewiesen werden. —

№ 21.

Wirkung eines bestätigten Ablösungs-Recesses in Ansehung der Rechte der Hypothekengläubiger.

Ist nach Bestätigung eines Ablösungs-Recesses Seitens der General-Commission, eine Klage der Hypothekengläubiger des berechtigten Grundstücks, auf Zahlung eines Theils der Ablösungssumme, deren Compensation im Recesse dem Verpflichteten gestattet ist, zulässig?

A. L. R. Thl. I. Tit 20. §§. 460—465.
Verordnung vom 20. Juni 1817 (Ges.-Samml. S. 188.). §§. 90., 162., 169.
Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 (Ges.-Samml. S 71.) §. 127.
Ablösungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 (Ges.-Samml. S. 83.) §. 39.
Gesetz vom 29. Juni 1835 (Ges.-Samml. S. 135.) §. 5.
Verordnung vom 30. Juni 1834 (G.-S. S. 117.) §. 62.

Durch den am 13. October 1857 bestätigten Receß ist die Holz- und Weideberechtigung des parcellirten Bauerhofes Nr. 12. zu Groß S. in dem Königlichen Forstreviere L. abgelöset. Das Ablösungs-Capital ist auf 300 Thlr. festgesetzt, im §. 5. des Recesses jedoch stipulirt, daß, weil eine vorhergeschehene Bauholzlieferung nicht anschlagsmäßig verwendet worden, der Betrag von 80 Thlrn. 18 Sgr. 1 Pf. von dem Ablösungs-Capitale gekürzt werden und Fiscus nur den Ueberrest von 219 Thlr. 11 Sgr. 11 Pf.

ad depositum judiciale einzahlen solle. Der Kläger, welcher zur ersten Stelle auf dem Hofe mit einer Forderung von 1550 Thlr. eingetragen ist, will sich dies nicht gefallen lassen, weil der Fiscus nur eine persönliche Compensations-Befugniß gegen die Empfänger des Holzes habe, und hat dahin geklagt: den Fiscus zur Zahlung der 80 Thlr. 18 Sgr. 1 Pf. nebst Zinsen vom Tage der insinuirten Klage an ihn oder ad depositum zu verurtheilen.

Von dem Kreisgerichte zu Dramburg am 14. December 1858, mit Hinweisung auf die geschehene Regulirung, abgewiesen, hat der Kläger in zweiter Instanz ein Erkenntniß des Civil-Senats des Appellations-Gericht zu Cöslin vom 19. April 1859 dahin erstritten:

> daß Fiscus schuldig, ad depositum des Kreisgerichts zu Dramburg .... das Rest-Ablösungs-Capital von 80 Thlr. 18 Sgr. 1 Pf. nebst fünf Procent Verzugszinsen seit 28. Juni 1858 .... einzuzahlen.

Die Gründe des Appellations-Erkenntnisses führen unter Bezugnahme auf §. 150. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 und §. 39. der Ablösungs-Ordnung vom nämlichen Tage aus, daß zunächst der Hypotheken-Gläubiger von dem Schuldner die Wiederherstellung der geschmälerten Sicherheit oder die Verwendung der Capitals-Abfindung zur Abstoßung der zuerst eingetragenen Posten zu fordern habe, leiten sodann aus §. 151. der allegirten Gemeinheitstheilungs-Ordnung in Verbindung mit §. 464 A. L. R. Thl. I. Tit. 20. ab, daß der Realgläubiger in Ermangelung des richtigen Nachweises der Verwendung sich an das Ablösungs-Capital selbst, wie an die abgelösete Berechtigung, als Pertinenzstück des der Hypothek unterworfenen Gutes halten dürfe, bezeichnen hiernächst die im Recesse stipulirte Compensation als ein außerhalb der Grenzen der Reguli-

rung liegendes Abkommen, worauf sich Fiscus, dem Kläger gegenüber, nicht berufen könne, erkennen jedoch schließlich an, daß Kläger die Zahlung der 80 Thlr. 18 Sgr. 1 Pf. nicht für sich, sondern nur ad depositum fordern könne, da die Verwendung in das Gut möglicher Weise noch bewirkt werde, das Verfahren darüber noch nicht geschlossen, und Fiscus nicht derjenige sei, dem gegenüber eventuell die Legitimation des Klägers zum prioritätischen Empfange des Ablösungs-Capitals geführt werden müsse.

Fiscus hat die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt.

Vom zweiten Senate des Ober-Tribunals ist auch am 17. Januar 1860 erkannt, daß das Appellations-Erkenntniß zu vernichten und das erste Erkenntniß zu bestätigen, aus folgenden

Gründen:

Von den erhobenen Angriffen hat der an §§. 90., 162., 169. der Verordnung vom 20. Juni 1817 und §. 147. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 geknüpfte für begründet erachtet werden müssen. Derselbe hat den Sinn, daß der Kläger, indem er auf die Ablösungssumme aus dem Recesse vom 13. October 1857 Rechte als Hypotheken-Gläubiger geltend mache, nicht mehr verlangen könne, als der Fiscus in dem Recesse zu zahlen übernommen habe; daß er nicht gleichzeitig eine Abänderung von Receßbestimmungen über die Verwendung eines Theils der Ablösungssumme, wodurch er sich verletzt fühlt, geltend machen dürfe; daß die ohne Vorbehalt ertheilte Bestätigung der General-Commission den festgesetzten Abzug der 80 Thlr. 18 Sgr. 1 Pf., welcher dem Fiscus von der Ablösungssumme der 300 Thlr. gestattet worden, für dessen Beziehungen zu den Hypotheken-Gläubigern justificire.

Das ist richtig und von dem Appellations-Richter die

Wirkung der gedachten Bestätigung verkannt und die dadurch der richterlichen Wirksamkeit gegebene Grenze überschritten worden.

Nach §. 39. der Ablösungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 werden die hypothekarischen Gläubiger bei dem Ablösungs-Geschäft nicht zugezogen, es sind aber Rücksichts ihrer die Vorschriften der §§. 460—465. des A. L. R. Thl. I. Tit. 20. zu beobachten, wonach sie — binnen sechs Wochen nach der ihnen zu ertheilenden Nachricht — verlangen können, daß eine Ablösungssumme, welche dem ihnen verpflichteten Gute zukommt, entweder zur Wiederherstellung der geschmälerten Sicherheit oder zur Abstoßung der zuerst eingetragenen Capitalsposten, soweit sie dazu hinreicht, verwandt werde. Geschieht dies, so ist die weitere Regulirung in dieser Beziehung Sache der General-Commission. Ausführliche Vorschriften darüber enthalten das Gesetz vom 29. Juni 1835 und die Verordnung vom 30. Juni 1834. Das Gesetz wegen Sicherstellung der Rechte dritter Personen bei Ablösungen u. s. w. vom 29. Juni 1835 bestimmt dabei in §. 5. ausdrücklich, daß die nach der Anweisung der General-Commission geleisteten Zahlungen die Verpflichteten von aller weiteren Vertretung rücksichtlich der Verwendung befreien und danach ohne Weiteres das Hypothekenbuch zu berichtigen ist. Der §. 62. der Verordnung vom 30. Juni 1834 — wozu die Declaration vom 30. Juli 1842 (Ges.-Samml. S. 245.) zu vergleichen — entbindet die Gerichte bei Eintragungen auf Grund bestätigter Auseinandersetzungs-Recesse von dem ihnen nach der Hypotheken-Ordnung Tit. II. §§. 12., 13. obliegenden Verpflichtungen, überträgt letztere den Auseinandersetzungs-Behörden und überläßt den Gerichten nur, diesen Behörden Anstände der nachgesuchten Eintragung, wenn sich solche

aus dem Hypothekenbuche selbst ergeben, bekannt zu machen und ihnen deren Erledigung zu überlassen. Diese besonderen Bestimmungen schließen sich den allgemeinen Festsetzungen des §. 162. der Verordnung vom 20. Juni 1817 darüber, worauf die General-Commissionen die Prüfung der Recesse zu richten haben, an und enthalten eine nähere Bezeichnung der in §. 169. ibid. den von der General-Commission bestätigten Recessen beigelegten Wirkung gerichtlich bestätigter Urkunden, auf Grund deren die Execution verfügt werden kann. —

Kann es nun auch nicht zweifelhaft sein, daß die Genehmigung der im Recesse vom 13. October 1857 bedungenen Compensation, — welche der Zahlung gleichsteht, — einer Anweisung an den Schuldner der Ablösungs-Summe, wohin er die Zahlung zu leisten habe, nach §. 5. des Gesetzes vom 29. Juni 1835 gleich zu achten sei, so ergiebt sich, daß Fiscus durch die Compensation, soweit sie reicht, von der Zahlungspflicht befreit ist, und daß es in Bezug auf das Interesse des klagenden Hypothek-Gläubigers dabei bewendet.

Das Appellations-Erkenntniß greift in die Regulirung selbst ein. Die Abrede in §. 5. des Ablösungs-Recesses, wonach 80 Thlr. 18 Sgr. 1 Pf. für vorher geliefertes und nicht verwandtes Bauholz mit dem Ablösungs-Capitale compensirt werden sollten, steht mit dem Hauptgegenstande der Regulirung in offenbarer sachlicher Verbindung und läßt sich nicht als ein besonderes, nur nebenher und gelegentlich geschlossenes, Geschäft behandeln. Wäre dabei und bei der der Auseinandersetzungs-Behörde obliegenden Prüfung wirklich gefehlt, so könnte der Fehler immer nicht in der Weise verbessert werden, daß jene Abrede an und für sich in den ordentlichen Rechtsweg gebracht und —

worauf die Rechtsausführung des Appellations-Richters hinausgeht — eine dem Kläger durch die in §. 5. des Recesses festgesetzte Compensation zugefügte Benachtheiligung in einem besonderen Verfahren vor dem ordentlichen Richter ausgeglichen und berichtigt würde. Es enthält auch einen Widerspruch, wenn der Appellations-Richter zunächst ausführt, daß der Kläger auf die 80 Thlr. 18 Sgr. 1 Pf. einen gegründeten Anspruch habe, nachher aber sich selbst die Berechtigung zur Durchführung dieser Ansicht abspricht, indem er auf Zahlung ad depositum erkennt, weil das Verfahren über die Verwendung der Ablösungs-Summe noch schwebe und Kläger seine Berechtigung zur prioritätischen Empfangnahme der Ablösungsgelder nicht gegen den Fiscus, — sondern bei der General-Commission, — zu führen habe. Damit wird also das Weitere wieder an die General-Commission gewiesen und die seltsame (allen Grundsätzen über den Bereich der Wirksamkeit der Auseinandersetzungs-Behörde — cfr. namentlich §. 7. der Verordnung vom 30. Juni 1834 — zuwiderlaufende) Sachlage herbeigeführt, daß ein einzelner Punkt einer Regulirung neben derselben von den ordentlichen Gerichten abgeurtheilt würde und nach deren Entscheidung dem übrigen Verfahren eingefügt werden müßte.

Neben dem Bisherigen ist, ohne daß es jedoch einer weitern Ausführung hierüber noch bedurfte, darauf hinzuweisen, daß es die allgemeine Theorie von den Verträgen verletzt und gegen den Grundbegriff eines Vertrages, der die wechselseitige Zustimmung der Parteien in die Gesammtheit der getroffenen Abreden voraussetzt, verstößt, wenn man — ohne eine besonders in den Umständen des Falles beruhende Rechtfertigung, welche hier nirgends erhellt — sich berechtigt achtet, ein einzelnes ausdrücklich bedunge-

nes Stück eines Vertrages herauszunehmen, statt dessen festzusetzen, was richtiger hätte stipulirt werden sollen, und gleichwohl einen perfecten Vertrag als vorhanden anzunehmen.

Es ist nicht weiter wesentlich, an sich aber richtig, wenn Implorant anführt, daß der §. 147. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 hier nicht in der Weise eintritt, daß das stipulirte Ablösungs-Capital ohne Weiteres der abgelöseten Gerechtigkeit gleich behandelt werden kann — ohne alle weitere Rücksicht auf die bei der Regulirung getroffenen besonderen Bestimmungen.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die als verletzt bezeichneten Vorschriften und die darin unstreitig enthaltenen Rechtsgrundsätze wirklich verletzt sind. Es geht daraus die Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses und die auf Zurückweisung der Klage zu richtende Entscheidung der Hauptsache gleichmäßig hervor.

Der andere Angriff bedarf danach keiner weiteren Erörterung. Es ist daran aber die Bemerkung zu knüpfen, daß hier darüber nichts entschieden wird und zu entscheiden ist, ob dem Fiscus ein Ersatzanspruch wegen des dem Kläger gelieferten und von demselben nicht bestimmungsmäßig verwandten Holzes zusteht, und ob eventuell ein solcher Anspruch an sich zu der nachgelassenen Compensation geeignet oder bloß als persönliche Forderung zu betrachten sei. Hier genügt, daß der bestätigte Receß keinem Anspruche zum Grunde gelegt werden kann, welcher dem Inhalte des Recesses selbst zuwiderläuft. Inwiefern dem Kläger ein anderer Weg offen bleibt, die Compensation anzufechten, wenn er sich dadurch verletzt und thatsächlich gefährdet achtet — das Letztere ist Gegenstand seiner eigenen Erwägung und

nach den Acten auch nicht zu beurtheilen — kann bei der jetzigen Entscheidung nicht weiter erörtert werden.

№ 22.

M i e t h e.

Ueber die gesetzliche Dauer eines, bei einem jährlichen Miethszinse von mehr als funfzig Thaler auf unbestimmte Zeit mündlich geschlossenen Miethsvertrages.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 269. 349.

Der Kaufmann F. miethete in dem Jahre 1853 mündlich von dem Kaufmann L. in G. eine Wohnung in dessen Hause auf unbestimmte Zeit für jährlich 190 Thlr. Nach Fortsetzung dieses Verhältnisses bis in das Jahr 1858 hinein, kamen Beide im Januar des letztgenannten Jahres, und zwar ebenfalls mündlich überein, daß F. vom 1. April 1858 ab für die gedachte Wohnung, wie Letzterer behauptet, vierteljährlich 52 Thlr. 15 Sgr., nach der Behauptung des L. aber, jährlich 210 Thlr. Miethe zahlen solle. Am 3. April 1858 kündigte F. indeß schon, und verließ die Wohnung am 1. Juli ej. unter Bezahlung der bis dahin fälligen Miethe von 52 Thlr. 15 Sgr., nachdem L. inzwischen die qu. Wohnung mehrmals und zwar vom 6. April 1858 ab, zur anderweitigen Vermiethung im Oberschlesischen Wanderer ausgeboten, jedoch dem F., indeß erst nach Verlauf von mehr als acht Tagen (am 12. Mai 1858) seit dessen Kündigung, angezeigt hatte, daß er diese Kündigung nicht annehme, resp. die Fortbezahlung des

L 2

Miethszinses verlange, insbesondere sich die Vergütigung des Verlustes, welcher ihm durch das vorzeitige Verlassen der Wohnung entstehe, vorbehalte.

L. hielt nun den F. zu der am 3. April 1858 erfolgten Kündigung, die er nicht angenommen haben will, und zur Aufhebung des Miethsverhältnisses am 1. Juli ej. für nicht berechtigt, da letzteres, als ein vom 1. April 1858 anfangendes ganz neues, auf ein Jahr, also bis zum 1. April 1859, gültig gewesen, die Kündigung somit in den ersten drei Tagen des letzten Quartals des Miethsjahres, d. i. in den ersten drei Tagen des Monats Januar 1859, habe erfolgen müssen, um das Miethsverhältniß mit Ausgang März ej. zu beenden. Demgemäß beanspruchte L. noch den Miethszins für das Quartal vom 1. Juli bis 1. October 1858, behauptete auch, daß ihm F. beim Auszuge weder die Schlüssel der Wohnung, noch auch diese gereinigt übergeben habe, und ist mit dem Antrage klagbar geworden:

den F. zur Zahlung des letzterwähnten Miethszinses von 52 Thlr. 15 Sgr. nebst fünf Procent Verzugszinsen seit dem 1. October 1858 zu verurtheilen.

Verklagter hat diesem Antrage widersprochen. Er hielt die Verabredung im Jahre 1858 über die Zahlung einer höheren Miethe nicht für ein neues, sondern nur für eine Modification des früheren im Jahre 1853 mündlich abgeschlossenen Miethsverhältnisses, das bereits im Jahre 1854 sein Ende erreicht habe. Seine Kündigung am 3. April 1858 erachtete er für eine rechtzeitige und wirksame, zumal Kläger derselben nicht binnen acht Tagen widersprochen habe, die öffentliche Ausbietung zur anderweitigen Vermiethung der Wohnung Seitens des Klägers aber für ein Zeichen der Acceptation der Kündigung, was Kläger leugnete. Ferner bestritt der Verklagte, daß er die Verpflich-

tung gehabt, dem Kläger die Wohnung gereinigt zu übergeben, weil er solche ungereinigt überkommen habe, behauptete seiner Seits, daß Kläger die Annahme der Schlüssel verweigert habe und bat, unter Bestreitung der anderweitigen Angaben des Klägers, um Abweisung desselben.

Das Kreisgericht zu Gleiwitz erkannte darauf unter dem 31. December 1858 lediglich nach dem Klageantrage, während dagegen das Appellations-Gericht zu Ratibor, auf Appellation des Verklagten, am 26. Mai 1859 die Abweisung des Klägers ausgesprochen hat. Die Gründe der letzteren Entscheidung sind folgende:

Die Annahme des ersten Richters, daß ein Miethsvertrag, der dem Zinse nach schriftliche Form erfordert, und nur mündlich geschlossen, aber durch Uebergabe vollzogen worden, schlechterdings auf Ein Jahr gültig sei, beruhe auf einer irrigen Auffassung des §. 269. Tit. 21. Thl. I. A. L. R. Dieser Paragraph bestimme nämlich nicht, daß aus einem unförmlichen Miethsvertrage der Miether ein Einjähriges Gebrauchsrecht erlange und diese Fristbestimmung an die Stelle jeder anderen, von den Contrahenten etwa verabredeten trete, sondern nur, daß der Contract Ein Jahr lang nach den Verabredungen der Contrahenten bestehen solle, nach Ablauf dieses Jahres aber als erloschen anzusehen sei. Hieraus folge, daß dies schon innerhalb des Jahres eintrete, wenn der Vertrag auf kürzere Zeit verabredet, oder durch irgend ein hinzutretendes wirksames Ereigniß in kürzerer als Jahresfrist beendet werde. Der §. 269. setze also voraus, daß in dem mündlich geschlossenen Vertrage eine Verabredung über die Dauer der Miethszeit enthalten sei. Denn ein schriftlicher Miethsvertrag, der dieser Form bedurfte, und in dem über die Dauer der Miethszeit nichts bestimmt worden, unterliege der Bestim-

mung des §. 340. a. a. O., d. h. er könne mit den gesetzlichen Fristen aufgekündigt werden. Letzteres könne somit auch jedenfalls bei einem bloßen mündlichen Miethsvertrage geschehen, worin über die Dauer nichts festgesetzt sei.

Die Parteien seien nun einig, daß weder bei der Verabredung des Vertrages im Jahre 1853, noch bei der Einigung im Januar 1858 die Dauer der Miethszeit festgesetzt sei, entscheidend seien daher nicht die §§. 269. 324 ff. 328. a. a. O., sondern die §§. 340 ff., welche über die Aufkündigung der Miethsverträge sich verbreiten. Nach §. 344. a. a. O. sei aber die Kündigung des Verklagten rechtszeitig erfolgt, deshalb brauche derselbe den eingeklagten Miethszins nicht zu zahlen; auch nach den §§. 332—335. ibid. sei er dazu nicht verpflichtet, weil er unbestritten die Wohnung zum 1. Juli 1858 verlassen habe, und Kläger selbst zugeben müsse, daß die Ehefrau des Verklagten ihm in den ersten Tagen des Monats Juli 1858 die Schlüssel überbracht, er dieselben aber wegen nicht erfolgter Reinigung der Wohnung nicht habe annehmen wollen. Hiernach sei nicht anzunehmen, daß der Verklagte den Besitz der Wohnung nach Ablauf der Terminszeit fortgesetzt habe. Außerdem stehe aber dem Anspruche des Klägers der bei Nichtbestimmung der Miethsdauer einschlagende §. 349. l. c. entgegen, da derselbe nicht binnen acht Tagen der Kündigung widersprochen, vielmehr dieselbe noch durch concludente Handlungen acceptirt habe.

Daß Verklagter die Wohnung ungereinigt und nicht förmlich übergeben habe, sei einflußlos, weil für den Miether eine gesetzliche Verpflichtung zur förmlichen Retradition nicht bestehe.

Gegen das zweite Erkenntniß hat nun der Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt. In derselben beschul-

digte er unter Anderem den Vorderrichter, indem er dessen Rechtsansicht für nicht zutreffend auf den vorliegenden Fall hielt, der Verletzung der §§. 269. und 349. Tit 21. Thl I. A. L. R. Dieser Angriff wurde für begründet angenommen und in Folge dessen durch Erkenntniß der dritten Senats des Ober-Tribunals vom 6. Februar 1860, unter Vernichtung des Urtels zweiter Instanz, das der ersten Instanz bestätiget.

G r ü n d e.

Nach der Feststellung des Appellations-Richters ist der streitige, im Jahre 1853 abgeschlossene und bis 1858 prolongirte Miethsvertrag unter Verabredung eines jährlichen Zinses von 190 resp. 210 Thlr. auf unbestimmte Zeit mündlich errichtet worden. Wenn derselbe trotzdem den §. 269. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. für unanwendbar und den §. 349. das. für anwendbar erachtet, so verletzt er beide Gesetze.

In wiefern zur Gültigkeit eines Miethcontractes die schriftliche Abfassung erforderlich sei, soll, dem §. 267. a. a. O. zufolge, von dem Betrage des Miethszinses abhängen. Dabei dient, wenn auch die Dauer des Vertrages nicht auf ein Jahr beschränkt ist, dennoch der Betrag des einjährigen Zinses zur Richtschnur (§. 268. l. c.). Ist der Vertrag, welcher hiernach schriftlich hätte errichtet werden sollen, bloß mündlich abgeschlossen, aber durch die Uebergabe vollzogen, so soll derselbe nur auf ein Jahr gültig sein (§. 269. a. a. O.). Diese einjährige Dauer ist demnach durch das Gesetz bestimmt. Ob sie auch dann eintrete, wenn die mündliche Verabredung, mit oder ohne Abmessung des Betrages der Miethe nach einem jährlichen Zeitraume, auf eine kürzere Dauer ausdrücklich gerichtet ist, das kann hier ganz dahin gestellt bleiben. Ist eine

solche kürzere Dauer nicht verabredet, im Gegentheile, wie im vorliegenden Falle auf unbestimmte, also auch über ein Jahr hinausreichende Dauer contrahirt worden, so ist diese vom Gesetze abweichende Dauer ungültig und nicht sie, vielmehr der im Gesetze bestimmte einjährige Zeitraum tritt als maaßgebend ein. Der solchergestalt auf ein Jahr gültige Vertrag kann aber, wie dies hier geschehen ist, von Jahr zu Jahr stillschweigend verlängert werden. (vergl. die Präjudizien 493. und 1259. in der Sammlung der Pr. I. S. 123. u. Bornemann's Erörterungen I. S. 218.) Sein Ende erreicht er, da das Gesetz die Dauer seiner Gültigkeit bestimmt, mit deren Ablaufe ohne Kündigung (cfr. Präjudiz 493.). Eine solche ist aber innerhalb der gesetzlichen Dauer unstatthaft, weil die §§. 269. 328. l. c. die Kündigung nicht erlauben und der §. 340. einen der Form nach rechtsgültigen Vertrag, nicht aber einen an sich ungültigen und nur durch die Uebergabe für einen durch das Gesetz normirten Zeitraum anerkannten Contract voraussetzt. In Ermangelung eines Rechtes zur Kündigung greift auch der §. 349. nicht Platz (vergl. Entscheidungen Bd. 16. S. 43.), und da der vorige Richter die angebliche Acceptation der Kündigung nicht als selbstständigen Entscheidungsgrund, vielmehr unter der Voraussetzung geltend macht, daß die Kündigung gesetzlich zuläßig gewesen sei, so ergiebt sich mit der Hinfälligkeit dieser Prämisse seine Entscheidung durch die Verletzung der §§. 269. und 349. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. als nichtig.

In der Sache selbst kann, da die öffentliche Ausbietung des Quartiers nicht unbedingt auf das Einverständniß mit der durch die ungehörige Kündigung offerirten Aufhebung des Vertrages schließen läßt, bei der stattgefundenen

Fortdauer desselben die Verurtheilung des Verklagten zu dem vereinbarten Miethzinse, und damit die Bestätigung des ersten Urtels keinem Bedenken unterliegen.

№ 23.

Miethsvertrag.

Kann der Vermiether während der Dauer des Miethscontracts durch Aufführung neuer Bauten den Miether in dem gemeingewöhnlichen Gebrauche seiner Wohnung beeinträchtigen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 270., 291.

Der Kaufmann K. verkaufte mittelst Vertrages vom 21. November 1856 an den Kaufmann L. sein zu P. belegenes Wohnhaus, miethete aber zugleich in diesem, laut §. 4. des gedachten Vertrages, auf seine Lebenszeit von dem Käufer eine Wohnung, und als Theil derselben namentlich im ersten Stockwerke eine nach dem Hofe zu belegene „zweifenstrige Stube". In Betreff des zweiten Stockwerks war in dem §. 4. auch bestimmt, daß der Vermiether die darin, außer der an den Kaufmann K. mitvermietheten Räumlichkeit, befindliche Wohnung nur von ruhigen Miethern, mit Ausschluß von Professionisten, bewohnen lassen und keinerlei bauliche Veränderungen während der Dauer der Miethszeit in diesem Stockwerke vornehmen dürfe. Im Frühjahre 1859 unternahm der Kaufmann L. durch Aufführung eines Hintergebäudes auf dem erkauften Grundstücke einen Neubau. Der Kaufmann K.

behauptete, daß durch diesen das eine Fenster der gedachten, ihm mitvermietheten zweifenstrigen Stube gänzlich, das andere aber so, daß daraus nicht mehr der Himmel zu erblicken, verbaut, und die Stube ganz finster geworden sei, und wurde deshalb mit dem Antrage klagbar:

den Kaufmann L. zu verurtheilen, den gedachten Neubau, so weit derselbe bereits aufgeführt sei und den Fenstern der erwähnten Stube das Licht benehme, niederzureißen, resp. wegzuschaffen.

Der Verklagte bestritt die Behauptungen des Klägers. Die veranlaßte Beweisaufnahme bestätigte dieselben jedoch im Wesentlichen, und zwar dahin, daß die in Rede stehende Stube noch hinreichendes Licht für ein Schlafzimmer, nicht aber für eine Wohnstube habe. Mit Rücksicht hierauf behauptete der Verklagte noch, daß der Kläger dieselbe nur als Schlafzimmer benutze und machte ferner den Einwand, daß der Kläger, wenn er auch abwesend gewesen, doch sofort nach dem Beginne des Baues durch seinen Schwiegersohn von demselben Kenntniß erhalten. Der Kläger bestritt Beides.

Ohne weitere Beweisaufnahme verurtheilte hierauf das Kreisgericht zu Posen am 14. September 1859 den Verklagten nach dem Klageantrage.

Auf die dagegen von dem Verklagten eingelegte Appellation erkannte aber das Appellations-Gericht zu Posen durch Urtel vom 22. October 1859 abändernd auf Abweisung des Klägers. Hiergegen legte dieser die Nichtigkeits-Beschwerde ein, und nach seinem Antrage hat auch der zweite Senat des Ober-Tribunals am 20. December 1859, unter Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses, das erste Urtel bestätigt. Es lauten die einschlagenden

Gründe:

Gegründet ist der vom Imploranten in rechtsgrundsätzlicher Beziehung gemachte Angriff. Der Appellations-Richter verkennt zwar nicht, daß der Implorant als Miether berechtigt ist, vom Verklagten, als Vermiether, zu fordern, daß er die vermiethete Wohnung in einem zum gewöhnlichen Gebrauche geeigneten Zustande nicht bloß übergebe, sondern auch während der ganzen Miethszeit erhalte, wie dies auch die Vorschriften der §§. 270., 273. und 291. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. ergeben. Auch kann es nicht bedenklich sein, mit dem Appellations-Richter anzunehmen, daß jene Pflicht des Vermiethers es ihm auch nicht gestattet, auf seinem Grundstücke außerhalb der vermietheten Wohnung Veränderungen vorzunehmen, durch welche die gemeingewöhnliche Brauchbarkeit der Wohnung beeinträchtigt wird. Der Appellations-Richter verneint aber die Frage, welche er dahin aufstellt: ob die dem Kläger vermiethete Wohnung durch den vom Verklagten ausgeführten Neubau resp. dadurch, daß die eine dazu gehörige Stube durch denselben verdunkelt worden, unbrauchbar geworden? Hierbei stützt sich derselbe darauf, daß nach dem Gutachten der vernommenen Sachverständigen durch den Anbau die in Rede stehende Stube zwar an Helligkeit verloren habe, aber als Schlafzimmer noch vollkommen brauchbar sei, und daß, wenn es dem Imploranten nur darauf ankomme, hinreichend Licht zu haben, dieses, wie der Appellations-Richter annimmt, nach dem Gutachten der Sachverständigen durch Erweiterung des nicht verbauten Fensters verschafft werden könne, Implorant daher nur diese Erweiterung, nicht aber die Wiedereinreißung des mit vielen Kosten aufgestellten Neubaues fordern könne. Bei dieser Begründung übersieht aber der Appellations-Richter, daß

nach dem §. 4. des Vertrages vom 21. November 1856 und der thatsächlichen Feststellung beider Vorinstanzen die in Rede stehende Stube, auf welche es bei der vorliegenden Frage allein ankommt, als eine zweifenstrige, und daher als eine solche vermiethet worden ist, welche durch zwei Fenster Licht und Aussicht hatte. Hiernach war die zu entscheidende Frage: ob durch den vom Verklagten unternommenen Anbau die in Rede stehende Stube diejenigen Eigenschaften verloren, welche für den gemeingewöhnlichen Gebrauch einer zweifenstrigen Stube vorausgesetzt worden. Dieses hat der Appellations-Richter nicht berücksichtigt, und dadurch, wie Implorant mit Recht ihm vorwirft, die §§. 270. und 291. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. verletzt. Seine Entscheidung unterliegt daher auch der Vernichtung.

Bei der hiernach eintretenden freien Beurtheilung konnte auch die Bestätigung des ersten Erkenntnisses auf die dagegen vom Verklagten eingelegte Appellation nicht bedenklich sein. Wie durch das Gutachten der Sachverständigen und den gerichtlich eingenommenen Augenschein vollständig festgestellt worden, ist durch das neu errichtete Seitengebäude nicht bloß das eine Fenster der in Rede stehenden Stube dergestalt verbaut, daß schon in der Entfernung von 1½ Fuß davon weder der Himmel noch auch der Hof gesehen werden kann, sondern das andere Fenster ist sogar so verbaut, daß es die Aussicht nur nach dem anstoßenden Zimmer des Neubaues hat, und schon der Sicherheit wegen vermauert werden muß. Die Stube hat daher in der That aufgehört, eine zweifenstrige zu sein, und die Art der Benutzung zu erlauben, welche bei der Miethung einer solchen gewöhnlich vorausgesetzt wird. Nach dem Vertrage vom 21. November 1856 hat aber der Implorant ein Recht auf eine zweifenstrige Hinterstube, und ist daher auch befugt, von

dem Verklagten zu verlangen, daß derselbe einen Zustand herstelle, der ihm die Benutzung der Stube als einer zweifenstrigen möglich macht. Unerheblich ist es dafür auch, daß nach dem Gutachten des Bauinspectors durch eine Verbreiterung des erstgedachten Fensters der Stube mehr, — nicht, wie der Appellations-Richter annimmt, hinreichendes — Licht verschafft werden kann, und ebenso wenig kann es darauf ankommen, daß, wie Verklagter behauptet, die Stube bisher vom Imploranten als Schlafzimmer benutzt worden ist, schon deshalb nicht, weil sie nicht als solches demselben vermiethet worden.

Schon hiernach ist der Klageantrag gerechtfertigt, nach welchem der Verklagte zur Niederreißung resp. Fortschaffung des Seitengebäudes insoweit verurtheilt werden soll, als dieses den beiden Fenstern der Stube das Licht benimmt. Der §. 4. des Vertrages vom 21. November 1856 enthält aber auch zwar keine ausdrückliche Bestimmung wegen eines von dem Verklagten zu unternehmenden Neubaues, wohl aber hat der Verklagte sich darin verpflichtet, die in dem zweiten Stockwerke befindliche Wohnung, abgesehen von der darin dem Imploranten mitvermietheten Bodenkammer, nur von ruhigen Miethern bewohnen zu lassen und keinerlei bauliche Veränderungen während der Miethszeit des Imploranten in diesem Stockwerke vorzunehmen, und auch die Dachstuben über der hier in Rede stehenden Stube nur als Waarenniederlage zu benutzen, und nicht als Wohnung zu vermiethen. Der Zweck dieser Verabredungen ging offenbar dahin, daß der Implorant, welcher die Wohnung, in dem bisher von ihm selbst besessenen Hause auf Lebenszeit miethete, dafür Gewähr haben sollte, daß er diese Wohnung in den Verhältnissen, wie sie zur Zeit des Contractsabschlusses bestanden, behielt,

und wenn auch zu diesem Zwecke dem Verklagten ausdrücklich nur untersagt war, im zweiten Stockwerke neue bauliche Einrichtungen vorzunehmen, so folgt doch aus jenen Verabredungen, daß damit unbedenklich auch solche Bauten gemeint gewesen, welche, wenn sie auch nicht in der vermietheten Wohnung selbst, doch an derselben in einer Art aufgeführt werden, welche sie unmittelbar berühren, und ihre Brauchbarkeit wesentlich alteriren und vermindern.

Der Verklagte hat nun zwar auch noch eingewendet, daß Implorant sofort nach dem Beginne des Baues von demselben durch seinen Schwiegersohn Kenntniß erhalten habe. Allein es kann auf diese, vom Gegentheil bestrittene Behauptung nicht ankommen, da, wäre sie auch richtig, der Implorant doch nicht durch die Unterlassung eines sofortigen Widerspruchs gegen den neuen Bau des ihm aus dem Miethsvertrage zustehenden Rechts gegen den Verklagten verlustig gegangen sein würde.

№ 24.

Retentions-Recht des Vermiethers.

Ueber die Statthaftigkeit der Intervention des Vermiethers bei Abpfändung der in die vermiethete Localität vom Miether eingebrachten Gegenstände.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §. 395. Tit. 20. §§. 116—118. Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §. 376. (Ges.-S. S. 409. 410.)

In den Geschäftsräumen, welche Markus W. von der Wittwe W. gemiethet hatte, sind ihm auf Antrag der Kauf-

leute S. und B. 29 Kisten Cigarren zum Werthe von 71 Thlr. 15 Sgr. abgepfändet und zur Pfandkammer geschafft worden. Dawider intervenirte jene Wittwe auf Grund des wegen rückständigen Miethszinses von mindestens 600 Thlr. ihr zustehenden gesetzlichen Pfand- und Retentions-Rechtes. Verklagte widersprachen zwar aus mehrfachen Gründen, sie sind jedoch durch die, in soweit conformen Urtel des Kreisgerichts zu Gleiwitz vom 8. März und des Appellations-Gerichts zu Ratibor vom 8. September 1859 zur Anerkennung des gedachten Rechts bezüglich der 29 Kisten Cigarren verurtheilt worden. Der zweite Richter sagt:

Nach §. 395. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. hat der Vermiether oder Verpächter wegen seines Zinses oder anderer Forderungen auf die vom Miether oder Pächter eingebrachten und zur Zeit der Endigung des Contracts in dem Hause oder Gute noch vorhandenen Sachen und Effecten die Rechte eines Pfandgläubigers. Zunächst liegt es in der dinglichen Natur dieser Rechte, daß sie nicht bloß gegen den Schuldner, sondern auch gegen jeden Dritten ausgeübt werden können (§§. 1 ff. 116. bis 118. Tit. 20. Thl. I. A. L. R.). Eben so wenig ist es zweifelhaft, daß der Verpächter oder Vermiether sein gesetzliches Pfandrecht auch schon vor Beendigung des Pachtvertrages wegen seiner fälligen Forderungen geltend machen kann. Denn da sein Pfandrecht schon durch die Illation entsteht, und eben deshalb für alle Forderungen aus dem Vertrage haftet, so muß der Verpächter oder Vermiether auch während der Contractzeit dabei geschützt werden (cfr. Entscheidungen Bd. 6. S. 93.).

Daß die streitigen Cigarren zur Zeit der Beschlagnahme in den dem Marcus W. vermietheten Räumen

sich befunden haben und daß sie Eigenthum desselben sind, ist außer Streit. Sie gehören also auch zu denjenigen inferirten Gegenständen, welche dem Pfandrechte der Klägerin unterworfen sind, ohne Rücksicht auf ihre Bestimmung zu einem dauernden oder vorübergehenden Verbleib in den vermietheten Localitäten. Das Gesetz kennt einen solchen Unterschied nicht.

Die Verklagten rügten in der hiergegen erhobenen Richtigkeits-Beschwerde zwar die Verletzung der §§. 116—118. Tit. 20. und des §. 395. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R.; indessen hat das Erkenntniß des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 30. Januar 1860 die Beschwerde verworfen.

Gründe.

Es ist nicht abzusehen, wie bei der den vorliegenden Fall völlig erledigenden Bestimmung des §. 376. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 die gegenwärtige Beschwerde erhoben werden konnte. Denn danach gilt für das Prioritäts-Verfahren in der Executions-Instanz der Grundsatz, daß Pfandgläubiger, insbesondere der Vermiether, wegen des Zinses, der Execution in die Pfandgegenstände zwar nicht widersprechen, aber interveniendo aus denselben ihre vorzugsweise Befriedigung verlangen können. Das Gegentheil aus §. 395. Tit. 21. und §§. 116—118. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. herleiten zu wollen, ist völlig verfehlt. Die erstere Vorschrift sanctionirt das Pfand- und Retentionsrecht des Vermiethers, welches ihm durch die ohne sein Zuthun vorgenommene Entfernung der Pfandobjecte aus den vermietheten Gelassen, weil es dabei an der freiwilligen Begebung des Besitzes fehlt — und diese setzt der §. 118. a. a. O. ausdrücklich voraus — um so weniger entgeht, als selbst beim bloßen Retentionsrechte dadurch allein noch keine Schmälerung eintritt, daß die be-

zügliche Sache dem Inhaber vom Richter abgefordert wird. (§. 562. a. a. O.)

Demnach erscheint, wie bereits in einem ähnlichen Falle ausgesprochen worden (Archiv für Rechtsfälle Bd. 6. S. 43—44.) die eingereichte Beschwerde als grundlos.

№ 25.

Erbpacht in den vormals französisch-hanseatischen Landestheilen.

Sind durch das Gesetz vom 2. März 1850 die in den ehemals französisch-hanseatischen Landestheilen, unter der Herrschaft des gemeinen Rechts auf höchstens drei Generationen geschlossenen Erbpachten in Eigenthum der Pächter verwandelt worden?

Kaiserlich französische Decrete vom 12. December 1808, 19. September und 9. December 1811.

Gesetz vom 21. April 1825 (Nr. 940. der Ges.-Samml.) §§. 15. und 21.

Gesetz vom 2. März 1850 §. 2. Nr. 2. (Ges.-Samml. S. 77.) Präjudiz Nr. 2374.

Die in der Ueberschrift bezeichnete Frage ist bereits in einem, Bd. 23. S. 126. der Entscheidungen des Ober-Tribunals veröffentlichten Erkenntnisse vom 23. März 1852 erörtert worden. Auf Beantwortung derselben Frage beruhte die Entscheidung in einem neueren in die Nichtigkeits-Instanz gelangten Rechtsstreite des Herrn Fürsten v. S. wider den Kötter T. Die Vorrichter, die General-Com-

mission zu Münster und das Revisions-Collegium für Landescultur-Sachen, haben jene Frage bejahend beantwortet, und demgemäß den Kötter T. zur Ablösung der von dem betreffenden Kotten an den Herrn Fürsten v. S. zu entrichtenden Gefälle für berechtigt erkannt.

Auf die gegen diese Entscheidung von dem Herrn Provocaten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist durch Erkenntniß des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 22. November 1859 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und in der Sache selbst auf die Appellation des Provocaten, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, Provocant T. mit seinem Provocations-Anspruche abgewiesen.

Gründe.

Es steht nach der unangefochtenen Aufstellung des Appellations-Richters fest, daß durch die Verträge vom 23. März 1780 und 29. März 1791 dem Besitzer des Kottens Nr. 21. zu G. nur eine Erbpacht auf drei Generationen verliehen ist. Der jetzige Besitzer Kötter T. hat auf Grund des §. 2. Nr. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850 behauptet, Eigenthümer des gedachten Kottens geworden zu sein, und den vom Herrn Provocaten widersprochenen Antrag, auf Ablösung der zu Gunsten des Herrn Provocaten auf dem Kotten haftenden Reallasten gestellt. Indem der Appellations-Richter unter Bestätigung des Erkenntnisses erster Instanz diesen Antrag für begründet erkannt, hat er die ihm in der vom Herrn Provocaten gegen das Appellations-Urtel erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde bezeichneten Gesetzesstellen §. 21. des Gesetzes vom 21. April 1825 (Nr. 940. der Ges.-Samml.) und den §. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850, sowie den in der Imploration in Bezug genommenen sub Nr. 2374. der Präjudizien des Ober-Tribunals (Entscheid. Band 23.

S. 126.) eingetragenen Rechtssatz verletzt. Dieses bereits am 23. März 1852 ergangene und seitdem in einer großen Zahl von Erkenntnissen des höchsten Gerichtshofes zur constanten Geltung gelangte Präjudicat spricht folgenden Rechtssatz aus:

> Grundstücke und Gerechtigkeiten in den ehemals französisch-hanseatischen Landestheilen, welche auf höchstens drei Vererbungsfälle oder auf eine Zeit von weniger als 100 Jahren verliehen oder verpachtet sind, unterliegen den Bestimmungen des §. 2. Nr. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850 nicht, und werden daher nicht volles Eigenthum der Besitzer.

Durch das vorgedachte Präjudicat ist eine Entscheidung des Revisions-Collegiums für Landescultur-Sachen vernichtet worden, welche von einer entgegengesetzten Rechtsauffassung ausging. Da der Appellations-Richter zur Motivirung des jetzt zur Entscheidung vorliegenden Erkenntnisses auf die Gründe seines durch vorerwähntes Präjudicat vernichteten Urtels (Band IV. S. 357. der Zeitschrift für Landescultur-Gesetzgebung) Bezug genommen hat, so könnte zu dessen Widerlegung auf die ausführlichen und erschöpfenden Erwägungen verwiesen werden, auf welche das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 23. März 1852 gestützt worden ist. Es hat inzwischen der Vertreter des Imploraten das Appellations-Urtel durch eine Auffassung der Rechtslage aufrecht zu halten versucht, welche der Berichtigung bedarf; sie wird zugleich die Begründung der gegen das Appellations-Erkenntniß erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde in Evidenz stellen.

Zunächst ist nicht außer Acht zu lassen, daß die rechtliche Natur der Grundstücke, auf welche sich das Präjudicat und die dadurch entschiedene Controverse bezieht, vor

dem Erlaß der fremdherrlichen Decrete eine specifisch provinzialrechtliche war; es handelt sich nämlich von den sogenannten: „Leib- und Zeitgewinngütern“ in der Provinz Westphalen. Der hier in lite befangene Kotten liegt in dem Kirchspiel Coesfeld, welches zu dem früheren Hochstifte Münster gehörte. Letzteres durch den Reichs-Deputations-Hauptschluß vom 25. Februar 1803 säcularisirt, durch den Tilsiter Frieden an Frankreich abgetreten, sodann am 5. Mai 1808 dem Großherzogthum Berg einverleibt, wurde von diesem durch das Senatus-Consult vom 13. December 1810 zum größten Theile wieder getrennt; und in diesem abgetrennten mit Frankreich vereinigten Theile befand sich das Kirchspiel Coesfeld. Es fanden daher auf die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse in demselben die kaiserlichen Decrete vom 12. December 1808 und 9. December 1811 Anwendung. Durch das Erstere wurde die Leibeigenschaft mit allen aus derselben fließenden Rechten und Verpflichtungen aufgehoben und verordnet, daß die ehemals leibeigenen Colonen, das Colonat als volles unbeschränktes Eigenthum besitzen sollten. Da den leibeigenen Colonen nach der Münsterschen Eigenthums-Ordnung (Thl. II. Tit. 2. §. 1.) der Erbnießbrauch an dem Colonate gesetzlich zustand, so gestattete die vorgedachte Verordnung des Decrets vom 12. December 1808 keine Folgerung auf Leib- und Zeitgewinngüter, welche nicht nach „Eigenthumsrecht“ besessen wurden. Das Decret vom 9. December 1811 hob die Feudalherrschaft (regime féodal) auf, sprach ausdrücklich aus, daß das Gesetz keine andere als Allodialgüter anerkennt und gab im Art. 99. den Colonen, welchen die Colonate nach Meierrecht, als Erbmeier oder als Erbleihe- oder Erbzinsgüter verliehen waren, das Eigenthum derselben. Der Leib- und

Zeitgewinngüter ist auch in diesem Decrete nicht gedacht. Es sind zwar dieselben in einem Kaiserlichen Decrete vom 13. September 1811 Tit. II. Art. 12. erwähnt, in welchem es heißt:

Die in einigen Theilen des Großherzogthums unter dem Namen Leib- und Zeitgewinngüter bekannten Güter, sollen nach den nämlichen Grundsätzen behandelt, und es soll in den hiernach folgenden Fällen dafür gehalten werden, daß sie den Inhabern, dem vollen Eigenthum nach &c. zugehören (nun folgen die bekannten 4 Haupt- und 4 Nebencriterien).

Sodann bestimmt der folgende Artikel 13.:

Außer den in dem vorigen Artikel bestimmten Fällen wird dafür gehalten, daß die darin bemeldeten Güter dem Verpächter gehören, und der Inhaber derselben wird als bloßer Pächter betrachtet,

und der Artikel 14.:

Die Bestimmung des vorhergehenden Artikels (Art. 13.) ist auch auf die, auf nur zwei oder drei Generationen in Erbpacht (bail héréditaire) gegebenen Güter anwendbar; desgleichen auf diejenigen Güter, welche auf eine gewisse bestimmte Zeit — die 99 Jahre nicht überschreitet — in Emphyteuse gegeben sind.

Dieses letztgedachte Gesetz fand indessen auf den Theil des ehemaligen Hochstifts Münster keine directe Anwendung, welcher, obgleich bis zum 13. December 1810 einen Theil des vormaligen Großherzogthums Berg bildend, durch das Senatus-Consult von jenem Tage mit Frankreich vereinigt wurde. Zwar sind alle diese Decrete von demselben Gesetzgeber unter denselben Formen erlassen und betreffen auch dieselben Rechtsmaterien, es bildet das Decret vom 13. September 1811 sogar eine Declaration und Ergänzung

des für das damals noch ungetrennte Großherzogthum ergangenen kaiserlichen Decrets vom 12. December 1808. Da es im Eingang desselben heißt:

Voulant déterminer les droits et praestations, qui doivent etre regardés comme abolis dans notre Grand-duché de Berg par suite de sa nouvelle Organisation, y faire cesser les difficultés, aux quelles a donné lieu notre decret imperial de 12. Decembre 1808 et y mettre le mode de possession des biens, ainsi que l'exercice des droits et praestations legitimes, dont ils peuvent être grevées en harmonie avec les principes du Code Napoleon etc.

Allein am Tage der Emanation dieses Decrets war der Theil des Hochstifts, in welchem das Kirchspiel Coesfeld liegt, bereits mit Frankreich vereinigt, jenes Kaiserlich Französische Decret vom 13. September 1811 aber nur für das Großherzogthum Berg ergangen. Wenn es nun auch in formellem Bezuge für den französisch gewordenen Theil des Großherzogthums, hinsichtlich der „Leib- und Zeitgewinngüter" an einer positiven gesetzlichen Vorschrift ermangelte, so kann doch darüber kein Zweifel obwalten, daß dem gemeinsamen Gesetzgeber der Gedanke und die Absicht ferne gelegen, bei den Inhabern der in dem mit Frankreich vereinigten Theile belegenen Leib- und Zeitgewinngütern ohne Weiteres ein in Eigenthum verwandeltes erbliches Besitzrecht zu ertheilen, welches er den bei dem Großherzogthum Berg verbliebenen Leib- und Zeitgewinnern aus legislativen Gründen versagte, daß vielmehr das Decret vom 13. September 1811, welches von demselben Gesetzgeber für dieselben Rechtsverhältnisse im Bereiche eines, beiden, früher zu einem Fürstenthume verbunden gewesenen Landestheilen gemeinsamen provin-

ziellen Rechtsbegriffs erlassen ist, überzeugend bekundet, wie der Gesetzgeber eine nur auf zwei oder drei Generationen stipulirte erbliche Pacht, für eine bloße Pacht, das Eigenthum des verpachteten Guts also für Allodialgut des Verpächters erklärt, und somit die Harmonie zwischen diesen Rechtsverhältnissen und den Principien des Code Napoleon, welcher nur allodiales Gut anerkannt, dadurch wiederhergestellt hat, daß er die sich in wirklichem und unbeschränktem erblichen Besitze befindlichen Colonate für Eigenthum; — Leib- und Zeitgewinngüter aber, die nur auf zwei oder drei Generationen verliehen waren, für bloße Zeitpacht erklärt. Es sind dies nothwendige Folgesätze aus den feststehenden Prämissen. Ihnen kann nicht entgegengesetzt werden, daß die Erbpachts-Ordnung vom 21. September 1783 Thl. II. Tit. 1. §§. 40. und 41. Tit. 9. §. 139. auch solche Grundstücke als Erbpachtsgüter bezeichnet, deren Besitzern das erbliche Recht nur für bestimmte Grade oder Generationen verliehen worden. Die Erbpacht-Ordnung war eben so wie die Erbpachtrechte durch Einführung des Code Napoleon aufgehoben, unvereinbar mit den Principien des Letzteren, und kann daher aus der Erbpacht-Ordnung de 1783 kein Argument wider diese Principien und die ausdrücklichen Sanctionen der neuen Gesetzgebung entnommen werden. Das erbliche Besitzrecht der Leib- und Zeitgewinner auf nur drei oder weniger Generationen ist daher bereits durch die fremde Gesetzgebung der bloßen Pacht gleichgestellt. Es ist eine unbegründete Annahme der Vorderrichter und der Imploraten, wenn sie diese Gleichstellung als eine Verletzung der Rechte der Leib- und Zeitgewinner vorgeben. Diese Rechte sind denselben vielmehr ganz in dem Maaße, als sie dieselben durch die Verleihung erworben haben, vollständig erhalten; zu-

gleich ist aber bereits durch die angeführten französischen Gesetze auch den Verpächtern ihr allodiales Eigenthum an den verpachteten Grundstücken erhalten und anerkannt, also, daß, wenn in den specificirten Fällen durch Ablauf der vertragsmäßig bedungenen Besitzperioden das zeitweise Besitzrecht der Pächter erloschen war, der Verpächter oder dessen Erben alle Rechte des unbeschränkten Eigenthums bethätigen und ausüben konnten.

Es steht diese Rechtsauffassung auch in vollem Einklange mit den Rechtsgrundsätzen des Code Napoleon über den Pachtvertrag. Denn, übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte statuirt der Art. 1742.: **Le contrat de louage n'est point résolu par le mort du bailleur ni par celle du preneur.**

In jedem Zeitpachtvertrage, namentlich alsdann, wenn dessen vertragsmäßige Dauer die menschliche Lebenszeit übersteigt, liegt daher sowohl nach gemeinem als dem französischen Rechte, die Gewährung eines erblichen Besitzes des Pachtrechts, es ist also völlig verfehlt, wenn aus den Vorschriften des Allg. Landrechts über Pacht u. Erbpacht, Argumente entnommen werden, um aus der Gleichstellung der Leib- und Zeitgewinner mit den Zeitpächtern eine totale rechtswidrige Umwandlung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses zu folgern. Die hier in Frage stehenden Verträge, geschlossen unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, haben, wie gezeigt, durch die Sanctionen der französischen Decrete keine Veränderung, und die Inhaber des Kottens haben an ihrem vertragsmäßigen Rechte nicht die geringste Einbuße erlitten. Dasselbe ist somit völlig intact geblieben. — Das von dem Imploranten in Bezug genommene Decret vom 18. December 1790 steht hiermit im völligen Einklange: **Les emphyteoses non perpetuels**

(seront) executés pour toute leur durée. Daß im vorliegenden Falle die Verträge de 1780 und 1791 für ihre ganze Dauer zur Vollziehung gelangen sollen, darüber waltet kein Zweifel ob. Aber um soweniger ist Zweifel darüber zu erregen, daß dem Herrn Provocaten und Imploranten resp. dessen Rechtsvorgänger bereits nach dem angeführten französischen Decrete, bezüglich des ihm an dem T. Kotten gebührenden allodialen Eigenthums, die Gesetzeskraft jener Decrete zur Seite steht. Dieselben enthalten keine Bestimmung durch welche dem Imploraten resp. dessen Vorfahren als Leibgewinnern auf drei Generationen das Recht eingeräumt wird, das Eigenthum des Kottens zu beanspruchen, und durch welche dem Rechtsvorgänger des Herrn Verklagten, das ihm daran zustehende Eigenthum entzogen ist; vielmehr enthält das schon angeführte Decret vom 11. September 1811 die allgemeinen legislativen Principien, aus welchen die Erhaltung des Eigenthums des Herrn Provocaten an dem T. Kotten mit Nothwendigkeit fließt. Derselbe war also nach Vertreibung der Fremdherrschaft dessen Eigenthümer und bei dem Pächter des Kottens konnte folglich von einer (durch die fremde Gesetzgebung aufgehobenen) Erbpacht im Sinne eines getheilten Eigenthumsrechts, und einer daran für den Pächter geknüpften Eigenthumserwerbung des Kottens, selbstverständlich nicht mehr die Rede sein.

Diesen Rechtszustand hat das Gesetz vom 21. April 1825 Nr. 940. in seiner vollen Integrität aufrecht erhalten. Dieses Gesetz (für die eine Zeitlang zu französischen Departements gehörenden Landestheile also auch für das Kirchspiel Coesfeld erlassen) bestimmt §. 15.:

Jeder bäuerliche Besitzer, welchem zur Zeit der erlassenen fremden Gesetze ein vererbliches Besitzrecht an einem

Grundstücke zustand, hat daran, die im §. 21. bestimmten Fälle ausgenommen, das volle Eigenthum erworben;

und es wird in diesem Paragraphen außerdem noch bestimmt: Daß in Ansehung der vormals Bergischen Landestheile, und zwar der darin vorkommenden Colonate, auf die Zeit wo das Decret vom 12. December 1808 in jeder anderen Anwendung aber, auf die Zeit, wo das französisch-hanseatische Decret vom 9. December 1811 Gesetzeskraft erlangt habe, zurückzugehen sei. Es verordnet aber

§. 21. die Rechtsverhältnisse bloßer Zeitpächter sind durch das gegenwärtige Gesetz nicht verändert. Den bloßen Zeitpächtern aber sind auch diejenigen gleich zu achten, deren erbliches Recht bei der Verleihung auf höchstens drei Vererbungsfälle oder auf eine Zeit von weniger als 100 Jahren beschränkt worden ist.

Das auf die festgestellte Sachlage der §. 21. l. c. vollständig anwendbar, unterliegt keinem Zweifel, da die Verträge vom 23. März 1780 und 29. März 1791 für den Vorbesitzer des Provocanten nur ein erbliches Recht bis zur dritten Generation begründen; ihnen also weder nach der fremdländischen Gesetzgebung noch nach §. 15. a. a. O. das Eigenthum des Kottens erworben, dasselbe vielmehr bei dem Verpächter verblieben ist. Die Entscheidung des Appellations-Richters gründet sich auch im Wesentlichen auf den §. 2. Nr. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850. Durch diese Vorschrift ist das Eigenthum des Erbverpächters ohne Entschädigung aufgehoben, und dem Erbpächter das volle Eigenthum des vererbpachteten Grundstücks übertragen. Allein die Anwendung dieser gesetzlichen Vorschrift

auf das festgestellte Sach- und Rechtsverhältniß ist völlig verfehlt, aus dem einleuchtenden Grunde, weil bei Emanation des Gesetzes von 1850 ein Erbpachtverhältniß zwischen dem Herrn Provocaten und dem Besitzer des T. Kotten, wie vorstehend nachgewiesen ist, gar nicht mehr bestand. Die französische Gesetzgebung hatte in nothwendiger Consequenz ihres Princips, — daß sie nur Allodialgüter anerkannt —, die wirklichen und unbeschränkten Erbpachten in Eigenthum verwandelt. — Dieses war mit den sogenannten Erbpachten auf höchstens drei Generationen nicht nur nicht geschehen, sondern es waren dieselben sogar ausdrücklich für bloße Pächter (Zeitpächter) erklärt, das volle Eigenthum daher den Verpächtern verblieben, und die vaterländische Gesetzgebung von 1825 hat jene Bestimmung vollständig aufrecht erhalten.

Es ist daher unrichtig, wenn die Imploraten von der Ansicht ausgehen, daß hier ein Fall vorliege, in welchem das Gesetz vom 2. März 1850 den Bestimmungen der älteren Gesetzgebung derogire. Dieses würde nur eintreten können, wenn das Gesetz von 1850 die alten Pächte auf höchstens drei Generationen in Eigenthum verwandelt hätte. Da dieses nicht geschehen, so fand das Gesetz von 1850 die Imploraten nicht als Erbpächter, sondern als solche vor, die im Verhältniß zum Gutsherrn den Zeitpächtern gesetzlich gleichgestellt waren; es fehlt daher hier für die Anwendung des §. 2. Nr. 2. l. c. der Fall, für welchen das Gesetz gegeben ist, nämlich ein bestehendes Erbpachtverhältniß. Diesem tritt hinzu, daß die Gesetze vom 21. April 1825 durch das Gesetz von 1850 nicht aufgehoben sind, daß auch, wie gezeigt, ein Conflict zwischen beiden nicht besteht; daß endlich nicht nur die Motive des Gesetzes vom 2. März 1850, sondern auch ein die Rechte

des Eigenthums schirmendes Rechtsaxiom der Ausdehnung des §. 2. Nr. 2. a. a. O. auf ein Rechtsverhältniß widerstreben, in dem der Verpächter dem Pächter nur ein zeitweises Nutzungsrecht eingeräumt hatte, welches, da es sich hier durchschnittlich um Pachtverträge aus älteren Zeiten handelt, beim Erscheinen des Gesetzes von 1850, wie im vorliegenden Falle, seinem Erlöschen nahe war.

Ueberdies würde die Auffassung des Appellations-Richters und der Imploraten, wenn sie zur Geltung gelangte, wesentliche Grundlagen der die gutsherrlichen und bäuerlichen Rechtsverhältnisse in Westphalen regelnden Provinzial-Gesetze vom 21. April 1825 und nicht bloß des Gesetzes für die zu den ehemals französischen Departements gehörenden Landestheile Nr. 940., sondern auch der Gesetze von demselben Tage sub Nr. 938. und 939. der Gesetz-Sammlung aufheben. Das Princip der §§. 15. und 21. findet sich in allen drei Gesetzen; das Gesetz sub Nr. 939. enthält noch überdies die Criterien für das erbliche Besitzrecht im §. 22.

Alle diese gesetzlichen Vorschriften würden vernichtet, wenn die bäuerlichen Besitzer schon auf Grund eines auf zwei oder drei Generationen beschränkten Besitzrechts das volle Eigenthum des Colonats erwerben könnten und das Eigenthum des Verpächters ohne Entschädigung aufgehoben sein sollte. Eine Annahme, die nach vorstehender Ausführung sich als eine rechtliche Unmöglichkeit darstellt.

Die Imploraten haben zur Stütze ihrer Auffassung sich noch auf ein Präjudicat des Ober-Tribunals berufen, wodurch der §. 2. Nr. 2. a. a. O. auf die nach Wiedereinführung des Allg. Landrechts geschlossenen Erbpachten auf nur drei Generationen für anwendbar erklärt worden ist. Selbst wenn diese Auffassung nicht noch viel-

fachen Bedenken unterläge, deren Erörterung — da ein anderer Fall vorliegt — nicht hierher gehört, ergiebt doch die vorstehende Ausführung zur Genüge, daß aus jener Entscheidung für die hier vorliegende Frage eine begründete Consequenz nicht zu ziehen ist. Denn auf eine lediglich unter der Herrschaft des Allg. Landrechts geschlossene Erbpacht auf nur drei Generationen sind die entscheidenden Erwägungen nicht anwendbar, welche in Bezug auf den vorliegenden Streitfall die Ueberzeugung begründen, daß die im Gebiete und unter der Herrschaft des Westphälischen Provinzialrechts unter der gedachten Beschränkung verliehene Leib- und Zeitgewinne durch die angeführten französischen Gesetze vor Wiedereinführung des Allg. Landrechts den bloßen Zeitpächten gleichgestellt sind und die einheimische Gesetzgebung diese Gleichstellung aufrecht erhalten hat. Erwägungen, welche bei einer lediglich nach den Bestimmungen des Allg. Landrechts und unter dessen Herrschaft abgeschlossenen Erbpacht auf nur drei Generationen nicht Platz greifen.

Aus diesen Gründen ist daher die Nichtigkeits-Beschwerde für erheblich erachtet, und da dieselben auch die Entscheidung in der Sache selbst beherrschen, die Provocation zurückgewiesen worden.

№ 26.

Unterschied zwischen Servitut und Reallast, und deren Ablösung.

Beruht die Entscheidung der Frage: ob eine Berechtigung als Servitut oder als Reallast anzusehen? auf der Feststellung: ob der Gegenstand des

Rechts im Wesentlichen eine negative oder positive Handlungsweise des Verpflichteten erheische?

A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §§. 26 ff.

Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 (Gesetz-Samml. S. 53.) §§. 2. 31.

Gesetz, betreffend die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitstheilungs-Ordnung, vom 2. März 1850 (Gesetz-Samml. S. 139.) Art. 1.

Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten u. s. w., vom 2. März 1850 (Ges.-S. S. 77.) §§. 6., 7., 59., 60.

Dem Schloßhofe der Herrschaft Z. wird aus einer Quelle bei dem Dorfe Alt Z. das Wasser, mittelst hölzerner Röhren und des, in einem dem Besitzer der Herrschaft Z. gehörigen steinernen Thurme befindlichen, Pumpenwerks zugeführt und dort zum Bedarfe, auch der Brauerei und Brennerei, benutzt. Dem Besitzer der Herrschaft Z. liegt aber, nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien und ohne Angabe eines besonderen Grundes, die Verpflichtung ob: das hiernach in den Schloßhof gehobene Wasser nicht zu beliebigen Zwecken zu benutzen, sondern nach dem zu dem angegebenen Bedarfe des Schlosses gemachten Gebrauche, durch die unter der Erde gelegten hölzernen Röhren nach den inneren Theilen der Stadt Z., Behufs ihrer Versorgung, mit Wasser, abfließen zu lassen, dabei auch zu dieser Leitung die hölzernen Röhren und die eisernen Büchsen herzugeben, auch dieselbe durch seinen Kunstmeister beaufsichtigen zu lassen; wogegen die Stadt alle anderen erforderlichen Arbeiter zu stellen hat.

Die Herrschaft Z. besteht, indem alle Zubehörungen entweder schon abgetrennt, oder in der Ablösung begriffen

sind, zur Zeit nur noch in dem Schlosse und dem Schloß-vorwerke, nach Angabe der Provocaten nur noch in dem Areal, auf welchem das Schloß und die Brauerei stehen. Am 11. Mai 1850 schon hatte der Besitzer der Herrschaft Z. auf die Ablösung sämmtlicher ihr in verschiedenen Ortschaften zustehenden Prästationen bei der General-Commission zu Breslau angetragen. Unter diesen befand sich auch eine von der Stadtcommune Z. zu entrichtende Abgabe von 165 Thlr. 5 Sgr. Dies und die Besorgniß der gänzlichen Auflösung der Herrschaft Z. veranlaßte die Stadt Z. zu dem Antrage auf Ablösung der auf der Herrschaft Z. lastenden Verpflichtung, in die Stadt Z. das benöthigte Wasser vermittelst einer sogenannten Wasserkunst und Röhrenleitung zu schaffen. Dabei behauptete sie, daß der Zins von 165 Thlrn. 5 Sgr. von der Stadt an die Herrschaft für diese Verpflichtung bezahlt werde und eine Ablösung des Zinses ohne gleichzeitige Ablösung jener Verpflichtung nicht zulässig sein könne, der Zins aber nicht hinreiche, um die Stadt durch Compensation zu entschädigen, vielmehr zu ihrer Sicherstellung noch ein angemessenes Capital, 8000 Thlr., zum Depositum als Caution gezahlt, eventualiter die Niederlegung sämmtlicher der Herrschaft Z. zukommenden Ablösungs-Capitalien im gerichtlichen Depositum bewirkt werden müsse.

Der Provocant, nämlich der Besitzer der Herrschaft Z., hat zuvörderst die Angabe der Provocatin ohne deren Widerspruch, in Ansehung des Zinses von 165 Thlrn. 5 Sgr. dahin berichtigt, daß in diesem Betrage nur ein Wasserzins von 83 Thlrn. 6 Sgr. begriffen sei, der Ueberrest aber aus 55 Thlrn. 14 Sgr. Michaelis-Grundzins und 26 Thlr. 15 Sgr. Georgi-Zins bestehe. Er hat die Zulässigkeit des Antrags auf Ablösung der Verpflichtung der Herrschaft Z.

in Ansehung der Wasserleitung der Stadt gegenüber für unstatthaft erklärt und behauptet, daß solche keine Reallast, sondern eine Servitut oder als eine unablösbare Societätslast zu betrachten sei, weshalb auch die Ablösung des Wasserzinses von 83 Thlrn. 6 Sgr., als der unmittelbaren Gegenleistung, ausgeschlossen werde bleiben müssen. Dem hat die Provocatin widersprochen. Die General-Commission zu Breslau hat indessen im Erkenntnisse vom 2. October 1857 festgesetzt, daß

1) es bei der Vereinigung beider Theile, wonach die für die Stadt Z. auf der Herrschaft Z. haftende Wasserleitungs-Berechtigung mit der der Herrschaft Z. obliegenden Bauverbindlichkeit von der Ablösung ausgeschlossen bleiben und unverändert fortbestehen soll, lediglich zu belassen.

2) Provocatin für verbunden zu erachten, die auf ihrer Wasserleitungs-Berechtigung und ihren städtischen Grundstücken unter der Bennennung: Wasser-Georgi- und Michaelis-Zins für den Provocanten haftenden Geldabgaben zum Gesammtbetrage von jährlich 165 Thlrn. 5 Sgr. als Reallasten nach den Vorschriften des §. 64. des Gesetzes vom 2. März 1850 zur Ablösung zu bringen;

3) die Stadt Z. für wohlberechtigt zu erachten, für ihre Wasserleitungs-Berechtigung auf Wiederherstellung der durch die obschwebende Ablösung geschmälerten Sicherheit der Herrschaft Z. anzutragen, die Frage dagegen, wie diese Sicherstellung hinsichtlich der sich ergebenden Ablösungs-Capitalien bewirkt werden soll, zum Verwendungs-Verfahren zu verweisen;

4) die Stadt Z. dagegen mit ihrem Antrage, den Provocanten für verbunden zu erachten, über die Ablösungs-

Capitalien hinaus, für die dauernde Beschaffung des benöthigten Wassers durch angemessene Caution Sicherheit zu bestellen, vor die ordentlichen Gerichte zu verweisen;

5) beide Theile mit ihren Widersprüchen gegen die Festsetzungen zu 2. bis 4. des Tenors zurückzuweisen.

Gegen dieses Erkenntniß haben beide Theile die Appellation eingelegt. Das Revisions-Collegium für Landescultur-Sachen hat im Urtel vom 18. Juni 1858 das vorige Erkenntniß

ad 2. auf die Appellation beider Theile dahin geändert, daß die Provocatin nur für verbunden zu erachten, die auf ihren städtischen Grundstücken unter der Benennung: Georgi- und Michaelis-Zins für den Provocanten haftenden Geldabgaben zum Gesammtbetrage von 81 Thlrn. 29 Sgr., nicht aber auch den Wasserzins von 83 Thlrn. 6 Sgr. nach den Vorschriften des §. 64. des Gesetzes vom 2. März 1850 zur Ablösung zu bringen;

ad 3. auf die Appellation des Provocanten dahin geändert, daß die Stadt Z. mit dem Antrage, sie für wohl befugt zu erachten, für ihre Wasserleitungs-Berechtigung die Wiederherstellung der durch die Ablösung geschmälerten Sicherheit der Herrschaft Z. zu verlangen, abzuweisen.

In einem Nachtrags-Erkenntnisse von 25. März 1859 hat demnächst das Revisions-Collegium für Landescultur-Sachen das Erkenntniß erster Instanz auf die Appellation der Provocatin ad puncta 1. 3. 4. und 5. bestätigt.

Gegen die Entscheidung des Appellations-Richters hat die Provocatin die Revision und die von ihr nachgezogene Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, in deren Folge

auch der zweite Senat des Ober-Tribunals am 13. October 1859 dahin erkannt hat:

I. daß das Erkenntniß des Revisions-Collegiums für Landescultur-Sachen vom 18. Juni 1858 nebst Nachtrags-Urtel vom 25. März 1859 und das Erkenntniß der General-Commission zu Breslau vom 2. October 1857, auf die als Revision zu behandelnde Nichtigkeits-Beschwerde der Provocatin ad punct. 1. dahin abzuändern:

daß die der Herrschaft Z. obliegende Verpflichtung zur Wasserleitung nach der Stadt Z. für eine Reallast zu achten und als solche zur Ablösung zu bringen;

II. daß unter Abänderung des gedachten Appellations-Urtels ad punct. 2., auf die Revision der Provocatin, das Erkenntniß der General-Commission zu Breslau vom 2. October 1857 wiederherzustellen;

III. durch vorstehende Entscheidungen die ad punct. 3. und 4., sowie ad punct. 5. und gegen die Abweisung des Ablösungs-Antrags im Nachtrags-Urtel von der Provocatin eingelegten Rechtsmittel für erledigt zu erachten. Dies Urtel stützt sich auf nachstehende

Gründe:

Nach dem klaren Inhalte der Acten, namentlich der Instructions-Protocolle vom 6. Juli 1851, vom 6. Mai 1853 und vom 24. August 1857 sind die Parteien darüber einverstanden gewesen, daß das Recht der Provocatin auf der Herrschaft Z. laste. Ueber den Grund der Entstehung dieser Berechtigung ist von den Parteien nichts behauptet. Sie sind aber darüber einverstanden, daß das Rechtsverhältniß zwischen der Stadt Z. und der Herrschaft Z. vorhanden und in der Art, wie es vorhanden, seit unbestimmter Zeit existire. Eben so ist unter den Parteien

darüber kein Streit mehr, daß der Wasserzins von jährlich 83 Thlr. 6 Sgr., welcher von der Stadt an die Herrschaft Z. gezahlt wird, für die der Stadt in Ansehung der Wasserleitung gegen die Herrschaft zustehenden Rechte an Letztere zu entrichten sei.

Es erscheint daher, abgesehen davon, ob überhaupt auf ein Rechtsverhältniß, dessen Entstehung zur Zeit der Gültigkeit des Allg. Landrechts gar nirgends constirt oder behauptet ist, die Vorschriften des Letzteren schlechthin anzuwenden — doch auch nicht gerechtfertigt, wenn der Appellations-Richter leugnet, daß dem Rechtsverhältnisse ein Vertrag, und ein lästiger Vertrag, zum Grunde liege. Das Rechtsverhältniß stellt sich unbedenklich als ein zweiseitiges dar, welches beiden Theilen Rechte und Pflichten gewährt, und ist ein solches, dem in irgend einer Art ein Abkommen zum Grunde liegen muß, weil die Rechte und Pflichten beider Theile speciell bestimmt sind und einander unbestritten correspondiren.

Es ist also präsumtiv ein Vertragsverhältniß, da eine andere Entstehungsart nicht einmal angegeben worden. Daß aber dieser Vertrag dann auch ein lästiger sei, bedarf keiner Ausführung, sondern bloß der Verweisung auf §. 7. Thl. I. Tit. 5. A. L. R.

Ferner kann der vom Appellations-Richter allegirte §. 36. Thl. I. Tit. 22. A. L. R. seine Ansicht nicht unterstützen. Denn von dem Zustande, welcher dadurch begründet ist, daß das Wasser vom Schloßhofe des Provocanten nach der Stadt geleitet wird und also die Stadt Wasser erhält, macht der Besitzer der Herrschaft gar nicht einen Gebrauch von eben der Art, indem er nicht dadurch das benöthigte Wasser erhält, sondern durch seine eigene Lei-

tung von der Quelle bis in den Schloßhof. Der Fall des §. 36. a. a. O. liegt daher gar nicht vor.

Endlich kann — möge nun das Allg. Landrecht anwendbar sein oder nicht — die Vorschrift schriftlicher Form des Vertrages im §. 135. Thl. I. Tit. 5. keinen Einfluß haben auf die Natur und Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, da es auch bei der Existenz eines mündlichen Vertrages immer ein vertragsmäßiges sein würde, könnte auch wegen Mangels der schriftlichen Form der Vertrag angefochten werden.

Hiernach erscheint die Ausführung des Appellations-Richters über die Natur des Rechtsverhältnisses nicht entscheidend, noch genügend begründet. Es besteht nun das Wesen einer Servitut nach römischem Rechte l. 15. §. 1. D. de servit. praed. urb. (8. 1.) in der Einschränkung des Eigenthums des Besitzers des belasteten Grundstücks, daß er etwas darin nicht thun darf oder dulden muß, was er ohne die Beschränkung thun durfte oder nicht zu dulden brauchte. Dieser Begriff der Servitut des römischen Rechts liegt auch im 22. Titel Thl. I. A. L. R. den Bestimmungen über die Grundgerechtigkeiten zum Grunde, wie §§. 26 ff. und 30 ff. klar ergeben, und die Fälle der Ausnahmen in den §§. 35. bis 37., wo der Besitzer des verpflichteten Grundstücks zum Zwecke der Servitut positive Handlungen zu bewirken schuldig ist, bestätigen es, daß die Grundgerechtigkeit im Wesentlichen negative Handlungen des Besitzers des verpflichteten Grundstücks, Nichtthun oder Leiden zum Gegenstande hat. Dieser Begriff ist auch in den §§. 2. 31. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821, im Art. 1. des Gesetzes vom 2. März 1850, betreffend die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitstheilungs-Ordnung u. s. w. und im §. 7. des

Gesetzes vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten rc., lediglich zum Grunde gelegt.

Dagegen besteht das Wesen der nach deutschen Rechten begründeten Reallast darin, daß gegen ein Grundstück ein Forderungsrecht existirt, vermöge dessen der Besitzer des verpflichteten Grundstücks positive Handlungen vorzunehmen schuldig ist, also in einem obligatorischen Verhältnisse, in welchem die Person des Schuldners durch den Besitz eines Grundstücks bestimmt, die Obligation mit einer Sache verbunden ist. Bekanntlich hat die Benennung der Reallasten auch noch eine weitere Bedeutung, aber im vorliegenden Falle ist nur die gegebene engere von Interesse. Diese von Eichhorn in §§. 161. 162. und 163. der Einleitung in das deutsche Privatrecht und von v. Savigny im §. 15. Cap. I. seines Obligationen-Rechts näher entwickelte Bedeutung der Reallast ist auch im §. 80. Tit. 7. §. 509. Tit. 9. und §. 16. Tit. 19. Thl. I. A. L. R. zu erkennen und im §. 6. des Gesetzes vom 2. März 1850 (Ges.-S. S. 77.) ausdrücklich ausgesprochen, wo es heißt:

> Alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigenthümlich, oder bisher erbpachts- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften (Reallasten), sind nach den Vorschriften dieses Abschnittes ablösbar.

Die Entscheidung der Streitfrage: ob die auf der Herrschaft Z. haftende Verpflichtung an die Stadtgemeinde Z., für welche unbestritten der Wasserzins von 83 Thlr. 6 Sgr. von der Stadt entrichtet wird, eine Servitut oder eine Reallast sei? muß daher von dem Resultate der Untersuchung abhängen: ob der Gegenstand des Rechts der Stadt in seinem Wesen eine negative oder positive Handlungsweise des Besitzers der Herschaft erheische? Es ist nun

1. der Zweck des Rechtsverhältnisses lediglich der, der Stadt Wasser zu verschaffen. Dieses Wasser ist aber dasjenige, welches der Besitzer der Herrschaft durch seine Wasserleitung in den Schloßhof führt, also durch eine unzweifelhaft positive Handlung dahin bringt. Nähme er dieselbe nicht vor und gelangte hiernach kein Wasser in den Schloßhof, so würde auch die Stadt keines bekommen und keine Veranlassung gewesen sein, dem Besitzer den Wasserzins zu bedingen und zu bezahlen. Es ist

2. aber auch der Abfluß desjenigen Wassers, welches nicht zum Bedarf des Schlosses gebraucht wird, vom Schloßhofe nach der Stadt ebenfalls keine bloß negative Handlung, kein bloßes Nichtthun oder Leiden des Besitzers der Herrschaft. Vielmehr nach dem Einverständniß der Parteien ist er verpflichtet:

a. einen Kunstmeister zu halten und durch diesen die Leitung des Wassers vom Schlosse nach der Stadt beaufsichtigen zu lassen, und

b. die hölzernen Röhren und die eisernen Verbindungsbüchsen, welche zu dieser Wasserleitung erforderlich, aus eigenen Mitteln herzugeben.

Hat nun auch die Stadt die Arbeiter zur Wasserleitung zu stellen, so kann dies die Einwirkung des Besitzers der Herrschaft auf die Leitung des Wassers vom Schlosse nach der Stadt nicht zu einer negativen machen. Vielmehr ist er es, welcher nicht nur zu der positiven Handlung der Hergabe der erforderlichen Röhren und Büchsen Behufs der Herstellung und Erhaltung der Wasserleitung verpflichtet ist, sondern auch durch seinen Kunstmeister die Arbeiten beaufsichtigen lassen, also in der That, wenn auch mit Hülfe der von der Stadt gestellten Arbeiter, selbst die Leitung

des Wassers vom Schlosse nach der Stadt positiv zu bewirken hat.

Diese Leistung, deren Eigenschaft als einer beständigen, nach der Natur der Sache und dem correspondirenden Wasserzinse nicht bestritten werden kann, und deren Eigenschaft als Verpflichtung der Herrschaft Z. unbestritten ist; erscheint daher nicht als eine Servitut, sondern als eine Reallast, wie solche im §. 2. des allegirten Gesetzes vom 2. März 1850 bezeichnet ist.

Daß unter den verschiedenen Erklärungen der Stadtgemeinde auch eine, jedoch widerrufene Zurücknahme der Provocation auf Ablösung der Verpflichtung der Herrschaft Z. vorkommt, ist übrigens, da solche als Reallast anzusehen, gleichgültig, weil nach §. 95. a. a. O. die Zurücknahme einer angebrachten Provocation auf Ablösung unzuläßig ist. Da nun auch die Verpflichtung der Herrschaft Z. nicht als eine nach §. 6. a. a. O. von der Ablösbarkeit ausgeschlossene, auf eine Deich- oder ähnliche Societät sich beziehende Last angesehen werden kann, vielmehr von einer Societät keine Rede ist, so hätte der Appellations-Richter auf die Appellation der Provocatin das Erkenntniß erster Instanz ad punct. 1. dahin ändern sollen: daß die der Herrschaft Z. obliegende Verpflichtung zur Wasserleitung nach der Stadt Z. als eine ablösbare Reallast zu erachten, — und war hiernach auf die gegründete, von der Provocatin ergriffene als eigentliche Revision zu behandelnde Nichtigkeits-Beschwerde das Appellations-Urtel und dessen Nachtrag zu ändern, sowie das gleichlautende Erkenntniß erster Instanz. Eine Folge dieser Entscheidung war, daß auch die Revision ad punct. 2. gerechtfertigt zu erachten. Denn der Wasserzins von 83 Thlr. 6 Sgr. jährlich ist eine Gegenleistung für die Verpflichtung der Herrschaft Z., welche nach dem Obi-

gen als Reallast angesehen werden muß, und daher muß nach §. 59. a. a. O. und nach §. 60. auch diese Gegenleistung mit der Hauptleistung zur Ablösung kommen und ist nicht eine solche, welche nach den Vorschriften der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 zu behandeln. Daher war es geboten, das Erkenntniß erster Instanz, unter Abänderung des Appellations-Urtels, wiederherzustellen.

Diese Entscheidung übrigens beruht nicht bloß auf der Beantwortung der Frage der Ablösbarkeit, sondern auf der Beurtheilung der rechtlichen Natur der Gegenleistung, ob nämlich solche für eine Servitut oder für eine Reallast gegeben werde.

Was die Beschwerden der Provocatin ad punct. 3. und 4. anlangt, so sind solche nur für den Fall geführt, daß die Verpflichtung der Herrschaft Z. für eine Servitut und nicht für eine Reallast geachtet werden sollte, und erledigen sich durch die Entscheidung ad punct. 1. und 2. von selbst, eben so wie die ad punct. 5. des Erkenntnisses erster und zweiter Instanz erhobene Richtigkeits-Beschwerde.

№ 27.

Einspruch gegen Aufgebot und Trauung.

Kann eine Frauensperson, welche unter dem Versprechen der Ehe geschwängert zu sein behauptet, schon allein aus diesem Grunde, auch noch nach der Verkündigung des Gesetzes vom 24. April 1854 (Gesetz-Samml. S. 193 ff.) gegen das Aufgebot und die Trauung des Angesprochenen Einspruch im

Sinne der §§. 158 ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. erheben?

Der Schulze K. hatte sich mit der Elisabeth Pf. kirchlich aufbieten lassen, und beabsichtigte, sich mit derselben zu verheirathen. Die unverehelichte B., welche behauptete, von ihm unter dem Versprechen der Ehe geschwängert zu sein und nach einem überreichten Hebeammen-Atteste in drei Monaten ihrer Niederkunft entgegensah, erhob auf Grund der §§. 158 ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. Einspruch, und in Folge dessen wurde das fernere Aufgebot des K. mit der Pf. und deren Trauung untersagt.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse der Kreisgerichts-Deputation zu Pr. Holland und des Ostpreußischen Tribunals zu Königsberg vom 29. October und beziehungsweise vom 29. November 1859 ist jedoch diese gerichtlich verfügte Inhibition der Trauung des Verklagten K., unter Verwerfung des von der Klägerin erhobenen Einspruchs, wieder aufgehoben worden, weil die Vorschrift des §. 158. a. a. O., soweit sie den Einspruch der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten betreffe, durch das neuere Gesetz vom 24. April 1854 für beseitigt zu erachten sei.

Gegen das Appellations-Urtel hat die Klägerin zwar noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, diese ist jedoch von dem ersten Senate des Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 3. Februar 1860, als unbegründet, zurückgewiesen worden.

Soweit sie für den vorliegenden Zweck interessiren, aus nachfolgenden

G r ü n d e n:

Durch seine Ausführung soll der Appellations-Richter, wie ihm die Nichtigkeits-Beschwerde vorwirft, den im §. 59.

der Einleitung zum Allg. Landrechte aufgestellten Rechtsgrundsatz und den §. 158. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. verletzt haben, indem er annehme, daß das Einspruchsrecht, welches der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten im §. 158. ertheilt worden, durch das Gesetz vom 24. April 1854 als aufgehoben zu erachten sei, wenngleich der citirte Paragraph nicht zu den durch den §. 22. des allegirten Gesetzes ausdrücklich aufgehobenen Gesetzstellen gehört.

Der Vorwurf erscheint jedoch unbegründet, die Ausführung des Appellations-Richters vielmehr im Wesentlichen gerechtfertigt.

Der §. 158., welcher dahin lautet:

Wer Einspruch thun will, kann denselben nur auf ein älteres förmliches Ehegelöbniß, oder auf eine unter dem Versprechen der Ehe erfolgte Schwängerung gründen; —

enthält dasselbe Einspruchsrecht für zwei ganz verschiedene Fälle. Danach kann nämlich gegen das fernere Aufgebot und gegen die beabsichtigte Trauung Einspruch erheben:

1) jeder Verlobte, dem ein älteres, förmliches Ehegelöbniß zur Seite steht, und
2) diejenige Frauensperson, welche von dem Angesprochenen unter dem Versprechen der Ehe geschwängert ist.

Ein förmliches Ehegelöbniß, von dem in den §§. 82. bis 92. ebendas. gehandelt wird, ist zwischen den Parteien niemals abgeschlossen worden und die Klägerin hat daher auch auf diesen ersten Theil des §. 158. ihren Einspruch gegen die Trauung des Verklagten mit der Elisabeth Pf. nicht gegründet; sie behauptet vielmehr, unter dem Versprechen der Ehe von dem Verklagten geschwängert zu sein, und stützt also ihr Recht: gegen dessen Trauung mit der Pf. Einspruch erheben zu dürfen, auf den zweiten im §. 158. vorgesehenen Fall. Wie aber hier im §. 158. das

ältere förmliche Ehegelöbniß und die unter dem Versprechen der Ehe erfolgte Schwängerung als zwei besondere Einspruchsgründe neben einander genannt und insofern einander gegenüber gestellt werden, so bestimmt auch der §. 94., nachdem in den oben allegirten §§. 82—92. die Formen der Ehegelöbnisse vorgeschrieben sind, und der §. 93. noch bevorwortet hat, daß die der Gültigkeit eines förmlichen Ehegelöbnisses entgegenstehenden Mängel durch den hinzukommenden Beischlaf nicht gehoben würden, im unmittelbaren Anschluß an den letzteren: Was aber überhaupt die Folgen eines unter dem Versprechen der Ehe vollzogenen Beischlafs sind, wird unten bestimmt. (Abschnitt 11.)

In diesem eilften Abschnitt schrieben aber die §§. 1035 u. ff. vor:

§. 1035. Hat der Verführer die Geschwächte unter dem Versprechen der Ehe geschwängert, und stehen keine Ehehindernisse entgegen, so muß derselbe von dem Richter, allenfalls mit Zuziehung eines Geistlichen, ernstlich aufgefordert und angemahnt werden, die Ehe mit der Geschwächten wirklich zu vollziehen.

§. 1036. Weigert er sich dessen beharrlich, so soll zwar kein Zwang zur Vollziehung der Ehe durch priesterliche Copulation Statt finden.

§. 1037. Dagegen sollen aber in dem abzufassenden Erkenntnisse der Geschwächten der Name, Stand und Rang des Schwängerers, sowie überhaupt alle Rechte einer geschiedenen, für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau desselben, beigelegt werden.

§. 1038. Dieser Rechte soll sie sich im bürgerlichen Leben, und bei allen Verhandlungen desselben, wirklich zu erfreuen haben.

§. 1039. Auch sind ihr zu ihrer Abfindung die gesetzlichen

Ehescheidungsstrafen aus dem Vermögen oder den Einkünften des Schwängerers zuzuerkennen.

§. 1040. Ob diese Strafen nach §. 785. auf den vierten, oder nach §. 786. nur auf den sechsten Theil zu bestimmen, bleibt nach Bewandniß der Umstände eines jeden Falles, der mehrern oder minder von dem Verführer gebrauchten Arglist, der Größe seines Vermögens und des Standes der Geschwächten, richterlichem Ermessen vorbehalten.

Mit Recht macht schon der erste Richter darauf aufmerksam, daß hiernach der unter dem Versprechen der Ehe erfolgten Schwängerung in der That Wirkungen beigelegt waren, die in persönlicher wie in vermögensrechtlicher Beziehung noch weiter gingen, als die Folgen eines förmlichen Ehegelöbnisses. Diese wichtigen und umfassenden Rechte einer unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten sollten durch eine voreilige anderweitige Verheirathung des Schwängerers nicht vereitelt werden: eine richterliche und geistliche Aufforderung und Anmahnung, wie sie der §. 1035. a. a. O. vorschreibt, müßte selbstverständlich müßig erscheinen und erfolglos bleiben, wenn inzwischen die anderweitige Trauung des Schwängeres Statt gefunden hätte. Eben deshalb räumte das Allg. Landrecht ganz folgerecht der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten das erhebliche Recht ein, auf Grund einer solchen Schwängerung Einspruch im Sinne des §. 158. zu erheben; der Richter soll, wenn der desfallsige Klagegrund gehörig bescheinigt wird, das fernere Aufgebot oder die Trauung untersagen, — §. 160. — er soll, wie es im §. 6. Tit. 40. der Proceß-Ordnung heißt, die nöthige Verfügung erlassen, daß bis zur erfolgenden näheren Erörterung Alles im vorigen Stande bleibe. Diese eigentliche und wesentliche Grund-

lage für das Einspruchsrecht, welches einer unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten nach dem §. 158. zusteht, d. h. die Standesvorrechte und die Ehescheidungsstrafen, die ihr die §§. 1035—1040. einräumten, sind jedoch durch die neuere Gesetzgebung — das Gesetz vom 24. April 1854 — vollständig beseitigt und aufgehoben; nach §. 22. desselben treten die §§. 1015—1119. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R., also auch jene §§. 1035—1040. außer Anwendung.

Rücksichtlich der Ansprüche, welche aus der außerehelichen Schwängerung erwachsen, unterscheidet das neue Gesetz vom 24. April 1854 verschiedene Abstufungen.

§. 1. Frauenspersonen, welche durch Nothzucht oder im bewußtlosen oder willenlosen Zustande geschwängert, oder zur Gestattung des Beischlafs durch Vorspiegelung einer vollzogenen Trauung oder durch Erregung eines anderen Irrthums, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen halten mußten, verleitet oder geschwängert worden sind, können das im A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 785. vorgeschriebene höchste Maaß der Abfindung (also den vierten Theil von dem Vermögen des Schwängerers) verlangen.

§. 2. Eine während des Brautstandes von ihrem Verlobten geschwängerte Frauensperson ist, wenn ihr die Ehe verweigert wird, zu verlangen berechtigt, daß ihr eine nach den Bestimmungen der §§. 786—808. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. abzumessende Abfindung oder Verpflegung zugesprochen werde.

§. 6. Die Bestimmung des §. 2. findet auch auf den Fall Anwendung, wenn ein unbescholtenes, in dem Alter von 14—16 Jahren stehendes Mädchen zum Beischlaf verführt und geschwängert worden ist.

§. 8. Außer den Fällen der §§. 1., 2. und 6. haben

außerehelich Geschwängerte gegen den Schwängerer nur auf den Ersatz der im §. 7. bezeichneten Kosten Anspruch. Der §. 3. des Gesetzes vom 24. April 1854 zählt die Fälle ganz speciell auf, in welchen außer dem Falle, wenn zwischen beiden Theilen ein rechtsgültiges Ehegelöbniß oder ein Aufgebot vorhergegangen ist, ein Brautstand — §. 2. — als vorhanden anzunehmen sei; darunter wird indessen der Fall, daß die Schwängerung bloß unter dem Versprechen der Ehe erfolgt sei, keinesweges mit aufgeführt; und die legislativen Vorarbeiten zu jenem Gesetze, insbesondere die Motive zu der Regierungsvorlage, dem ursprünglichen Gesetz-Entwurfe — Drucksachen der ersten Kammer II. 2. Nr. 8. S. 10. — so wie der zweite Bericht der Commission der ersten Kammer für die Rechtspflege vom 30. Januar 1845. — Drucksachen der ersten Kammer II. 2. Nr. 65. S. 2. — ergeben, daß dies mit Absicht unterblieben ist.

Die ganz besonderen Voraussetzungen der §§. 1. und 6. des Gesetzes vom 24. April 1854 treffen bei der Klägerin nicht zu, und da eben so wenig ein Brautstand nach Maßgabe des §. 3. als zwischen den Parteien vorhanden anzunehmen ist, so verfällt die Klägerin in die allgemeine Kategorie der im §. 8. gedachten außerehelich Geschwängerten, sie hat also nur auf Niederkunfts- und Taufkosten, ferner auf sechswöchentliche, ihrem Stande angemessene Verpflegung, so wie auch auf andere durch die Schwangerschaft oder durch das Wochenbett herbeigeführte unvermeidliche Kosten — §. 7. — Anspruch. Ehren- und Standesrechte, wie sie die §§. 1035—1038. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten beilegten, sind durch das neuere Gesetz ganz beseitigt; aber auch Abfindungen und Ehescheidungsstrafen im Sinne der §§. 1039. und 1040. versagt das neuere Gesetz im §. 8.

der außerehelich Geschwängerten in der Regel, abgesehen von den besonderen Ausnahmen der §§. 1., 2., 6. selbst dann, wenn die Schwängerung auch unter dem Versprechen der Ehe erfolgt sein sollte. Die eigentliche rechtliche Grundlage der zweiten im §. 158. enthaltenen Bestimmung, daß der Einspruch auch auf eine unter dem Versprechen der Ehe erfolgte Schwängerung gegründet werden könne, ist, nachdem die §§. 1035 ff. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. außer Anwendung getreten, beseitigt. Der Appellations-Richter geht daher keineswegs zu weit, verletzt namentlich den §. 158. rechtsgrundsätzlich nicht, wenn er das darin erwähnte Einspruchsrecht der Klägerin versagt. Schon das Allg. Landrecht unterschied in dem Abschnitte von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs eine s. g. erste und eine zweite Art der Entschädigung, und bestimmte in Beziehung auf die erstere in den §§. 1016. und 1017:

> In der Regel kann jede Geschwächte von dem Schwängerer Niederkunfts- und Taufkosten, ingleichen sechswöchentliche ihrem Stande gemäße Verpflegung fordern.
> Auch andere während der Schwangerschaft oder nach der Niederkunft aufgelaufene unvermeidlich gewesene Kosten ist der Schwängerer zu übernehmen verbunden;

eine Bestimmung, welche mit dem §. 7. und 8. des Gesetzes vom 24. April 1854 vollkommen übereinstimmt. Denjenigen Personen nun, welche sich mit dieser geringeren oder ersten Entschädigung begnügen mußten, gestattete auch schon das Allg. Landrecht ein so weitgreifendes und bedenkliches Recht, wie der §. 164. a. a. O. und der §. 7. Tit. 40. der Proceß-Ordnung jenen Einspruch doch selbst ansehen, keinesweges, knüpfte die Zulässigkeit des Letzteren vielmehr an die besondere Voraussetzung, daß die Schwängerung unter dem Versprechen der Ehe erfolgt wäre.

Das Gesetz vom 24. April 1854 legt indessen auf diesen Umstand allein kein Gewicht, beschränkt vielmehr — sofern nicht die Ausnahmsfälle der §§. 1., 2., 6. eintreten — auch eine unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerte an sich lediglich auf die im §. 7. bezeichneten Kosten. Es erscheint daher ganz consequent, ihr nunmehr auch kein Einspruchsrecht im Sinne des §. 158. a. a. O. ferner einzuräumen.

Die im §. 1016. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. beschriebenen Kosten- und Verpflegungsgelder konnte die Geschwächte zwar auch noch vor der Niederkunft einklagen, und es fand dabei in gewisser Beziehung ein abgekürztes Verfahren — §§. 1019—1021. ebendas. — und möglicher Weise auch ein Arrestschlag Statt. Letzterer mußte aber alsdann gewöhnlichermaßen nach den, für solche Forderungen auch vollkommen ausreichenden Vorschriften des Titel 29. der Proceß-Ordnung begründet werden; zu einem Einspruche nach §. 158. a. a. O. war jedoch eine solche Geschwängerte niemals berechtigt. Ob übrigens eine während des Brautstandes von ihrem Verlobten geschwängerte Frauensperson, die allerdings außer den gedachten Niederkunfts-, Tauf- und Verpflegungskosten — §. 7. des Gesetzes vom 24. April 1854 — auch noch jetzt eine besondere Abfindung nach Maßgabe der §§. 786—808. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. zu verlangen berechtigt ist, im Sinne des §. 158. Einspruch erheben darf, kann hier einstweilen noch dahin gestellt bleiben, da ein solcher Brautstand — §. 3. des Gesetzes vom 24. April 1854 — unter den Parteien, wie schon bemerkt, nicht vorhanden ist.

Nicht minder unbegründet erscheint der weitere Vorwurf der Implorantin: judex a quo habe durch seine Aus-

führung den im §. 59. der Einleitung zum Allg. Landrechte aufgestellten Rechtsgrundsatz:

Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben worden,

verletzt. Daß unter der Reihe von Gesetzstellen, welche der §. 22. des Gesetzes vom 24. April 1854 als außer Anwendung getreten bezeichnet, der §. 158. cit. nicht mit aufgeführt ist, erkennt der Appellations-Richter ausdrücklich an; dessen ungeachtet meint er, daß seiner obigen Ausführung der §. 59. der Einl. nicht entgegenstehe, und auch darin muß ihm beigepflichtet werden.

Der §. 158. faßt, wie bereits im Eingange hervorgehoben ist, zwei ganz verschiedene Fälle zusammen; der gedachte Einspruch kann danach auch gegründet werden: auf ein älteres förmliches Ehegelöbniß, und dieser Grund kann eintreten, ohne daß überhaupt ein Beischlaf stattgefunden hat, er wird also durch das nur die Folgen des unehelichen Beischlafs regelnde Gesetz vom 24. April 1854 gar nicht berührt, besteht vielmehr nach wie vor unverändert fort. Schon deshalb war es unstatthaft, den §. 158. a. a. O. im §. 22. als aufgehoben mit zu nennen. Eine solche unbedingte Aufhebung des §. 158. nimmt aber der Appellations-Richter in der That auch nicht an, an der einen Stelle seiner Entscheidungsgründe sieht er ihn nur als aufgehoben an „insofern er sich nicht auf ein förmliches Eheversprechen bezieht," und weiterhin erläutert er dies näher dahin: im §. 22. des Gesetzes vom 24. April 1854 wären nicht alle durch dies Gesetz aufzuhebenden gesetzlichen Bestimmungen aufgezählt, die daselbst bemerkten Vorschriften vielmehr nur beispielsweise aufgeführt, in der Absicht des Gesetzgebers habe es aber gelegen, alle den Bestimmungen des Gesetzes nicht entsprechenden Vorschriften zu beseitigen,

hinsichtlich des §. 158. sei dies unbedenklich in so weit der Fall, als diese Gesetzstelle den Einspruch der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten betreffe. Weit entfernt also, den Rechtsgrundsatz des §. 59. a. a. O. als solchen und im Allgemeinen zu verkennen, thut judex a quo vielmehr in weiterer Anwendung desselben dar, daß es gerade Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, durch die ausdrückliche Aufhebung der §§. 1035 ff. auch den §. 158. in so weit derselbe den Einspruch der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten betrifft, mit zu beseitigen. Unbemerkt mag dabei übrigens nicht bleiben, daß sich das im §. 22. enthaltene Verzeichniß der danach außer Anwendung getretenen landrechtlichen Vorschriften allerdings vielleicht noch vervollständigen ließe — vergl. z. B. §. 6. Thl. II. Tit. 9. A. L. R. — und daß, wenigstens dem ursprünglichen Gesetzentwurfe §. 1. zufolge, eine während des Brautstandes von ihrem Verlobten geschwängerte Frauensperson in der That berechtigt sein sollte, zu verlangen, daß ihr durch richterliches Erkenntniß Name, Stand und Rang des Schwängerers, so wie überhaupt alle Rechte beigelegt würden, welche das Allg. Landrecht einer geschiedenen für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau einräumt. Für diesen Fall mindestens hätte der §. 158. seine volle Geltung behalten, erst in den weiteren Vorbereitungs-Stadien hat man auch diese Bestimmung fallen lassen. Gerade zur Motivirung dessen heißt es in dem bereits allegirten Berichte vom 30. Januar 1854 — S. 2.:

> Allein der Commission genügt auch die im §. 1. der Gesetzes-Vorlage beabsichtigte Beschränkung noch nicht. Es wurde angeführt, daß einer im förmlichen Brautstande Geschwängerten allerdings einige Entschuldigung zu Statten kommen möge, daß jedoch immerhin auch von ihrer

Seite ein Fehltritt begangen sei, der nicht dahin führen dürfe, ihr, zur Verminderung der Heiligkeit der Ehe, ohne priesterliche Trauung die vollständigen Rechte einer Ehefrau auf unsittlichem Umwege zu verschaffen. Vielmehr müßten auch in solchem Falle die Rechte der Geschwängerten sich auf Vermögensansprüche beschränken; — und von Seiten der Regierung ist weiterhin erklärt, daß sie auf Beibehaltung jenes §. 1. keinen Werth lege. (Drucksachen der zweiten Kammer III. 2. Nr. 181. S. 2.)

So mag es gekommen sein, daß des Einspruchs der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten — §. 158. — der nun freilich zu den neu angenommenen Bestimmungen nicht mehr paßte, in dem Gesetze vom 24. April 1854 nicht besonders Erwähnung geschehen, und selbst auch der §. 160. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. im §. 22. des Gesetzes vom 24. April 1854 unter den außer Anwendung getretenen Gesetzstellen nicht mit aufgeführt ist.

№ 28.

Recht der Gläubiger des Ehemannes auf Befriedigung aus dem Nießbrauch des Eingebrachten.

1) Ist die Frage:

> ob der Mann vermögend sei, der Frau den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren?

bloß zwischen dem Manne und der Frau auszumachen, oder sind auch die Gläubiger des Mannes befugt, gegen die Frau darzuthun,

daß die Voraussetzungen unter denen sie dem Manne die Verwaltung und den Nießbrauch ihres Vermögens zu entziehen befugt ist, nicht vorhanden seien?

2) Sind bei Beurtheilung der vorstehend gedachten Frage:

ob der Mann vermögend sei, der Frau den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren?

die Revenüen des Eingebrachten mit in Anschlag zu bringen?

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 256. und 258.
cfr. auch Entscheid. Bd. 17. S. 293.

Die Provinzial-Hülfs-Kasse für Schlesien hat wegen zweier rechtskräftiger Forderungen gegen den Baron v. St. zu H. die Nutzungen eines der Ehefrau desselben gehörigen Grundstücks in Anspruch genommen und es ist deshalb die Administration desselben verfügt worden. Die Frau des v. St. ist deshalb sowohl gegen ihren Mann als auch gegen die Provinzial-Hülfs-Kasse klagbar geworden, indem sie ausführt, daß ihr Mann nicht im Stande sei, ihr den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren und daß sie daher befugt sei, demselben die Verwaltung und den Nießbrauch ihres Vermögens zu entziehen, — A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 258. — Sie hat daher beantragt:

1) ihrem Manne gegenüber:

daß mit Ausschluß ihres Mannes, Verwaltung und Nutzung ihres eingebrachten Vermögens, insbesondere

des Hauses Nr. 446. zu H., von jetzt ab so lange ihr allein und selbständig zugesprochen werde, bis derselbe in bessere Vermögensumstände kommt,

2) der Provinzial-Hülfs-Kasse gegenüber:

daß die Administration über das gedachte Haus aufzuheben, event. bis der Nachweis geführt worden, daß die Revenüen von dem Vermögen der Klägerin mehr als den standesmäßigen Unterhalt der Familie abwerfen.

Der verklagte Ehemann ist im Klagebeantwortungs-Termin nicht erschienen, dagegen hat die Provinzial-Hülfs-Kasse in der eingereichten Klagebeantwortung dem Antrage widersprochen und ausgeführt, daß nach Deckung des standesmäßigen Unterhalts für die Familie von den Revenüen des Grundstücks noch jährlich 392 Thlr. zu ihrer Befriedigung übrig blieben.

Am 12. April 1859 erkannte das Kreisgericht zu Hirschberg gegen beide Verklagte nach dem Klageantrage, insbesondere unter 2. gegen die Provinzial-Hülfs-Kasse: daß dieselbe schuldig, in Aufhebung der Administration zu willigen. Der erste Richter sagt, die Provinzial-Hülfs-Kasse habe nicht bestritten, daß der Ehemann der Klägerin unvermögend sei, seiner Frau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren, sie behaupte nur, daß er diesen Unterhalt *aus den Revenüen des eingebrachten Grundstücks seiner Frau* unter Zuziehung seiner Pension zu leisten vermöge. Hierauf komme es jedoch nicht an, denn die Anwendung des §. 258. a. a. O. sei von dem Betrage des Eingebrachten und sonstigen Vermögens nicht abhängig, wobei auf Band 17. der Entsch. S. 293 Bezug genommen wird. Gegen diese Entscheidung hat nur die mitverklagte Provinzial-Hülfs-Kasse appellirt und am 13. October 1850 beim Civil-Senate des Appellations-Gerichts ein abän-

derndes Erkenntniß erstritten, worin Klägerin mit ihrem Antrage auf Aufhebung der Administration abgewiesen worden.

Auf die Revision der Klägerin hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 9. März 1860 das Appellations-Erkenntniß dahin abgeändert:

> daß die erfolgte Administration über das Haus Nr. 446. zu H. zwar für gerechtfertigt zu erachten, der Klägerin jedoch aus den Revenüen desselben ein jährlicher Betrag von 400 Thlr. zur Bestreitung ihres standesmäßigen Unterhalts zu gewähren, für den Fall aber, daß in dem ersten oder einem der folgenden Jahre der reine Ertrag des Hauses nicht ausreichen sollte, um den gedachten Betrag an die Klägerin zahlen zu können, die Administration sofort aufzuheben.

Diese Entscheidung beruht auf folgenden

Gründen:

Der mitverklagte Ehemann hat die Entscheidung erster Instanz, worin derselbe für schuldig erkannt worden:

> der Klägerin die selbstständige Verwaltung und den Nießbrauch ihres eingebrachten Vermögens, insbesondere des in Rede stehenden Hauses so lange zu gestatten, bis er in bessere Vermögensumstände kommt,

rechtskräftig werden lassen und auf Grund dessen hat Klägerin in zweiter Instanz geltend gemacht, daß die Frage, ob die Frau die selbstständige Verwaltung und den Nießbrauch ihres Mannes in Anspruch nehmen könne, nur zwischen der Frau und ihrem Gatten auszumachen sei, dritte Personen aber der Frau die Geltendmachung ihres Rechts nicht verschränken dürften. Allein mit Recht hat der Appellations-Richter im vorliegenden Falle die mitverklagte Provinzial-Hülfs-Kasse für befugt erachtet, auszuführen, daß die Voraussetzungen nicht vorhanden seien, unter denen

nach §. 258. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. die Frau ihr Eingebrachtes zurückzufordern berechtigt ist. Allerdings ist das Recht der Gläubiger des Mannes, sich wegen ihrer Forderungen an den ehemännlichen Nießbrauch zu halten, von dem Vorhandensein dieses Nießbrauches abhängig, auch muß eingeräumt werden, daß die Frage, ob die Bedingungen vorhanden sind, unter denen die Frau dem Manne die Verwaltung und den Nießbrauch ihres Vermögens zu entziehen befugt ist, zunächst zwischen dem Manne und der Frau abzumachen sei, (cfr. Entsch. Band 17. S. 297.) es sind jedoch hierbei zwei Fälle zu unterscheiden. Hat die Ehefrau, bevor noch die Gläubiger des Mannes auf das eingebrachte Vermögen Anspruch erhoben haben, von der ihr im §. 258. a. a. O. zugestandenen Befugniß Gebrauch gemacht, so wird das vormals eingebrachte Vermögen dadurch dem vorbehaltenen Vermögen gleichgestellt und so wenig die Gläubiger des Mannes die Revenüen des vorbehaltenen Vermögens aus dem Grunde in Anspruch nehmen können, weil sie das zum standesmäßigen Unterhalte der Familie Erforderliche übersteigen, ebenso wenig können die Gläubiger des Mannes die Revenüen des demselben vorher entzogenen eingebrachten Vermögens zum Gegenstande ihrer Befriedigung machen. Diesen Fall hat die obengedachte im Bande 17. abgedruckte Entscheidung im Auge. Ist dagegen, wie im vorliegenden Falle, die Ehefrau mit ihrem Anspruche auf Aufhebung des ehemännlichen Nießbrauchs erst zu einer Zeit hervorgetreten, in welcher die Gläubiger des Mannes denselben bereits in Anspruch genommen hatten, so kann dasjenige, was in dieser Beziehung zwischen der Frau und dem Manne festgesetzt, resp. entschieden wird, für die Gläubiger nicht unbedingt als bindend erachtet werden. Denn die Gesetze geben den

Gläubigern des Mannes ein Recht auf Befriedigung aus den Revenüen des Eingebrachten seiner Ehefrau und die Geltendmachung dieses Rechtes darf ihnen dadurch nicht verschränkt werden, daß der Ehemann, der leicht ein von dem ihrigen abweichendes Interesse haben kann, es nicht für angemessen erachtet, der auf Aufhebung seines Nießbrauchs gerichteten Klage der Frau zu widersprechen, oder daß er derselben zwar widerspricht, aber nicht dasjenige g etend macht, was sich gegen dieselbe anführen läßt.

Hiernach wird die Frage:

ob die gesetzlichen Bedingungen vorhanden sind, unter denen die Frau ihr Eingebrachtes zurückfordern kann?

durch die gegen den mitverklagten Ehemann ergangene rechtskräftige Entscheidung noch nicht erledigt und bedarf jetzt der Erörterung.

In Beantwortung dieser Frage weichen die früheren Richter von einander ab, indem der erste Richter dieselbe bejaht, der zweite aber dieselbe verneint.

Die entscheidenden Gesetzstellen §§. 256. und 258. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. lauten:

§. 256. So lange der Mann seiner Frau und den mit ihr erzeugten Kindern den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt gewährt, ist die Frau ihm die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten zu entziehen nicht berechtigt.

§. 258. Wenn aber der Mann diese Verbindlichkeit (§. 256.) nicht mehr zu erfüllen vermögend ist, so kann die Frau ihr Eingebrachtes zurückfordern und allenfalls auf Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Mannes antragen.

Daß der Ehemann der Klägerin aus eigenem Vermögen und eigener Kraft im Stande sei, seiner Frau den nach

Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren, behauptet die verklagte Provinzial-Hülfs-Kasse selbst nicht, sie sagt vielmehr, derselbe sei einem Concursiser gleich zu achten und führt aus, daß unter Hinzurechnung der Revenüen des in Rede stehenden Grundstücks genügende Mittel zum Unterhalte der Klägerin vorhanden seien, ja daß sogar 392 Thlr. zur Befriedigung der Forderungen der Provinzial-Hülfs-Kasse übrig blieben, wogegen aber freilich die Klägerin nach der in der Klage angelegten Berechnung zu einem ganz anderen Ergebniß gelangt. Der erste Richter hat auf Aufhebung der Administration erkannt, indem er unter Bezugnahme auf das schon erwähnte im Bande 17. der Entscheid. abgedruckte Präjudicat der Meinung ist, die Anwendung des §. 258. a. a. O. sei von dem Betrage des Eingebrachten und sonstigen Vermögens der Frau nicht abhängig, wogegen die Appellations-Entscheidung auf der Annahme beruht, es sei nicht dargethan, daß der mitverklagte Ehemann außer Stande sei, seiner Frau den erforderlichen Unterhalt aus seiner Pension und den ihm eigenthümlich gehörenden Revenüen des fraglichen Grundstücks zu gewähren:

Es fragt sich daher hauptsächlich:

ob bei der anzulegenden Berechnung diese Nutzungen des Grundstücks mit in Anschlag zu bringen sind?

und dieses muß mit dem Appellations-Richter angenommen werden.

Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft, §. 184. a. a. O., durch Vollziehung der Ehe geht das Vermögen der Frau in die Verwaltung des Mannes über, insofern diese Verwaltung nicht der Frau durch Gesetz oder Vertrag ausdrücklich vorbehalten worden, §. 205. a. a. O., und der Mann hat in Ansehung des Eingebrachten der

Frau alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers, §. 231. Allerdings ist mit diesem Rechte an dem Vermögen der Frau auch die Pflicht verbunden, derselben und den mit ihr erzeugten Kindern standesmäßigen Unterhalt zu gewähren, §§. 185. u. 256. a. a. O.; diese Pflicht läßt sich aber nicht als das Hauptelement des unter den Eheleuten bestehenden vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisses betrachten, so daß der Genuß des Eingebrachten nur für ein Aequivalent der Erfüllung jener Pflicht zu erachten wäre; beide, nämlich das Recht des Mannes auf die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten der Frau, und die Pflicht desselben zur Gewährung des standesmäßigen Unterhalts für die Frau und die mit ihr erzeugten Kinder sind vielmehr gleichberechtigte Ausflüsse des ehelichen Verhältnisses und es fehlt daher an allem Grunde bei der Frage, ob der Mann zur Gewährung des standesmäßigen Unterhalts vermögend ist, seinen Nießbrauch an dem Eingebrachten der Frau, der ihm als Ausfluß eben dieses ehelichen Verhältnisses zusteht, außer Berücksichtigung zu lassen. Bei manchen Ehen ist der standesmäßige Unterhalt der Eheleute hauptsächlich auf das Vermögen der Frau basirt, dieses setzt zuweilen die Eheleute in den Stand, nicht nur standesmäßig, sondern auch mit Luxus zu leben und es ist nicht einzusehen, warum in solchen Fällen den Gläubigern des Mannes das Recht entzogen sein soll, zu ihrer Befriedigung den Nießbrauch des Mannes in Anspruch zu nehmen, bloß deshalb, weil, abgesehen von den Nutzungen des Eingebrachten, der Mann für sich allein nicht im Stande sein würde, der Frau und den mit ihr erzeugten Kindern standesmäßigen Unterhalt zu gewähren. Das mehrerwähnte, in Band 17. der Entsch. abgedruckte, Präjudicat steht der vorstehenden Ausführung nicht entgegen, weil es, wie schon bemerkt worden, einen

Fall zum Gegenstande hat, in dem die Ehefrau behauptet hatte, schon lange vorher, ehe die Gläubiger Anspruch auf den ehemännlichen Nießbrauch erhoben hatten, ihr eingebrachtes Vermögen zu eigener Verwaltung und eigenem Nießbrauch vindicirt zu haben (Entsch. Band 17. S. 294.).

Hiernach müssen die Einkünfte des der Klägerin gehörigen Grundstücks mit in Rechnung gebracht werden, um festzustellen, ob der Ehemann derselben vermögend sei, die im §. 256. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. bestimmte Verpflichtung zu erfüllen.

Hierauf wird ausgeführt, daß die Einleitung der Administration gerechtfertigt sei, daß der Klägerin jedoch aus den Revenüen des Grundstücks der zu ihrem standesmäßigen Unterhalte erforderliche Betrag gewährt werden müsse, und daß, wenn der Ertrag des Grundstücks dazu in dem ersten oder einem der folgenden Jahre nicht ausreiche, die Administration sofort aufzuheben sei.

№ 29.

Lübisches Recht. Todttheilung.

Setzt die Todttheilung ein Gesammtgut der bis dahin bestandenen oder fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft nothwendig voraus?

Lübisches Recht lib. II. Tit. II. Art. 33., 34.

Der Vater der Parteien, Bauerhofsbesitzer R., hatte sich in erster Ehe mit Louise gebornen B. im Kämmereidorfe C. verheirathet, und zeugte mit ihr vier Kinder, zu

denen der Kläger R. gehört. Er lebte mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft nach lübischem Rechte. Diese Ehe wurde durch das Erkenntniß des Land- und Stadtgerichts zu Stargard vom 18. August 1843 rechtskräftig geschieden, die Ehefrau Louise geborne B. für den allein schuldigen Theil erklärt und demgemäß verurtheilt, dem Ehemanne den vierten Theil ihres eigenthümlichen Vermögens als Ehescheidungsstrafe zu entrichten. Der Ehemann provocirte auf Absonderung der Güter gegen seine geschiedene Ehefrau, welche jedoch im Laufe der Verhandlungen am 28. Januar 1846 verstarb, und er zeigte nun im Jahre 1847 dem Gerichte an, daß die mit ihr erzeugten vier Kinder deren gesetzliche Erben seien, und daß er sich mit diesen wegen ihres mütterlichen Nachlasses auseinandersetzen wolle. Diese Auseinandersetzung wurde auch in der gerichtlichen Verhandlung vom 15. September 1847 bewirkt. Es ist dabei jedoch nicht der Vermögenszustand zur Zeit der rechtskräftigen Trennung der Ehe, sondern das Vermögen zum Grunde gelegt, wie es sich seitdem durch eine dem Vater der Parteien inzwischen zugefallene Erbschaft bedeutend, und zwar bis auf die Summe von 3695 Thlr. 25 Sgr. 7 Pf. erhöht hatte. Die Hälfte hiervon mit 1847 Thlr. 27 Sgr. 9½ Pf. ist als der geschiedenen Ehefrau gebührend angenommen. Davon kamen 143 Thlr. 17 Sgr. 7 Pf. Kosten in Abzug, welche der Ehemann für seine separirte Ehefrau gezahlt hatte, so daß der eigenthümliche Nachlaß der separirten Ehefrau auf 1704 Thlr. 10 Sgr. 2½ Pf. zu stehen gekommen sein würde. Der Vater der Parteien erkannte jedoch den Nachlaß seiner geschiedenen Frau auf 1800 Thlr. an und jedem der vier Kinder wurde ein Erbtheil von 450 Thlrn. zugewiesen. Dieser Auseinandersetzungs-Receß wurde obervormundschaftlich bestätigt und

solches dem Vater der Parteien durch Verfügung vom 15. October 1847 mit dem Bemerken eröffnet, daß die Kinder nur wegen ihres mütterlichen Erbtheils abgefunden, und nach seinem Ableben noch mit seinen übrigen Erben zur Theilnahme an der Verlassenschaft berechtigt seien. Der Vater der Parteien hatte sich inzwischen anderweit mit Sophie G. verheirathet, mit welcher er die drei Verklagten, Geschwister R., erzeugt hat. Er ist im März 1856 und bald darauf auch seine zweite Ehe- und Gütergemeinschafts-Genossin gestorben. Ein Testament ist von ihnen nicht errichtet. Der Kläger, ein Sohn erster Ehe, hat auf Regulirung des väterlichen Nachlasses provocirt, auch, da Seitens der drei Kinder zweiter Ehe sein Miterbrecht bestritten wurde, klagend beantragt:

> die Verklagten für schuldig zu erachten, sein Miterbrecht in den väterlichen Nachlaß anzuerkennen.

Die Verklagten haben diesem Antrage widersprochen und dessen Zurückweisung verlangt, weil Kläger durch den ihm im Recesse vom 15. September 1847 ausgesetzten Erbtheil von 450 Thlrn. auch in Bezug auf den Nachlaß des Vaters abgefunden sei.

Das Gericht erster Instanz, das Kreisgericht zu Stargard, der Ansicht der Verklagten beitretend, daß durch den Receß vom 15. September 1847 eine Todttheilung zugelegt sei, hat durch Erkenntniß vom 25. Juni 1858 den Kläger mit dem erhobenen Antrage abgewiesen. Auf die Appellation des Klägers hat jedoch das Appellations-Gericht zu Stettin unterm 25. März 1859 das erste Erkenntniß abgeändert und die Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt, indem es ausführte, daß Kläger durch den Receß vom 15. September 1847 nur in Bezug auf den mütterlichen Nachlaß abgefunden sei.

In Folge der Revision der Verklagten, bei welcher sie unter Bezugnahme auf die Art. 33. und 34. Tit. II. lib. II. des lübischen Rechts die Ausführung des Appellations-Richters zu widerlegen suchten, hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 30. Januar 1860 das Urtel zweiter Instanz bestätigt, und zwar aus folgenden

G r ü n d e n:

Nach lübischem Rechte lib. II. Tit. II. Art. 8. ist der überlebende Ehegatte zur Theilung mit seinen Kindern verpflichtet, wenn er zu einer zweiten Ehe schreitet. Das Gemeingut (Art. 2. 3.) ist zwischen ihm und den Kindern zur Hälfte zu theilen, und ist diese Theilung erfolgt, so bestimmt Art. 28. über deren Wirkung folgendes:

> Und welches der Kinder abgesondert ist mit bescheidenem Gute, das soll mit seinem Theil zufrieden sein und a b g e s o n d e r t b l e i b e n.

Außer dieser generellen Theilung gestattet das lübische Recht noch den sogenannten Ausspruch, oder die Absonderung einzelner Kinder von beiden, oder dem Ueberlebenden der Eltern und auch auf diese Singular-Absonderung ist der Artikel 28. ausgedehnt. Es verordnet deshalb der Artikel 33. weiter:

> Würden Eltern, so beide im Leben, ihre Kinder alle oder etliche von sich absondern, oder aber, da eines der Eltern todt, das am Leben bleibende den Kindern vor dem Rathe ein Ausspruch thun, solches soll geschehen, und verstanden werden v o n a l l e m i h r e m G u t e, Väterlichen und Mütterlichen, sowohl von dem Lebendigen als Verstorbenen. Und das sein und heißen nach unserem Recht abgesonderte und abgetheilte Kinder. Würden aber die Kinder, ihre Freunde und Vormünder damit nicht zufrieden sein, sondern ihnen protestando entweder das

Vater- oder Muttertheil ausdrücklich vorbehalten, das seind keine abgesonderte Kinder.

und Art. 34. fährt fort:

Wann ein Vater seinen Sohn oder Tochter zu der Ehe aussteuert mit sonderlichem bescheidenen Gute, der Meinung, daß also das Kind von ihm soll abgetheilet und abgesondert sein. Würde damit der Sohn oder die Tochter nebenst ihren Freunden und Vormündern der Zeit begnüget und friedlich sein, so ist solche Person, Sohn oder Tochter, abgesondert und abgetheilt, es sei wenig oder viel. Die andern Kinder aber, welche mit den Eltern in gesammten Gute bleiben, dieselben haben das ander nachgelassene Gut ihres Vaters und ihrer Mutter. —

Nach diesen klaren Vorschriften kann es nicht zweifelhaft sein, daß mit der Abtretung des halben Gesammtguts die abgeschichteten oder abgesonderten Kinder auch wegen des Nachlasses des überlebenden parens vollständig abgefunden sind. Unbedenklich würde daher der Kläger mit seinem Antrage auf Anerkennung seines Miterbrechts in den Nachlaß seines Vaters abzuweisen sein, wenn rücksichtlich seiner durch den Receß vom 15. September 1847 eine solche Theilung oder Absonderung stattgefunden hätte. Dies ist jedoch nicht anzunehmen. Die Todttheilung setzt ein Gesammtgut voraus, indem ihr Zweck gerade auf die Aufhebung der bis dahin bestandenen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft resp. beim Ausspruch oder bei der Absonderung auf die Ausscheidung des Abgefundenen aus dem Gesammtgut gerichtet ist. (cfr. Mevius jus lubecense ad art. 33. lib. II. tit. II. No. 1. sq. und ad art. 2. No. 2.)

Ein solches Gesammtgut war aber bei der durch den Receß vom 15. September 1847 bewirkten Theilung nicht

mehr vorhanden. Denn die erste Ehe des Vaters der Parteien war nicht etwa durch den Tod seiner Ehefrau getrennt, sondern durch das Erkenntniß vom 18. August 1843 rechtskräftig geschieden. Ein solches Urtel wirkt nach §. 732. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. eine gänzliche Aufhebung der Ehe und aller ihrer Folgen in Ansehung beider Theile, also auch die Aufhebung der bis dahin bestandenen ehelichen Gütergemeinschaft, die daher auch nicht prorogirt werden kann. Diese Bestimmung muß in Gemäßheit des §. 360. l. c. zur Anwendung gebracht werden, weil das lübische Recht keine Vorschriften über die Folgen der Trennung einer Ehe durch richterlichen Ausspruch enthält. Daraus allein also, daß mit den Kindern erster Ehe das Vermögen nicht in dem Zustande, in welchem es sich bei Trennung der Ehe befunden hatte, sondern in dem Zustande, wie es sich später durch Erbanfälle vergrößert hatte, zur Theilung gebracht ist, folgt noch nicht, daß eine Todttheilung stattgefunden hat, weil eben kein gütergemeinschaftliches Gesammtgut vorhanden war, und es ist deshalb nach dem übrigen Inhalte des Recesses zu prüfen, ob Seitens des inzwischen zur anderweiten Ehe geschrittenen Vaters in Bezug auf die Kinder erster Ehe eine Absonderung von seinem Vermögen vorgenommen ist? Indeß auch diese Frage muß verneint werden — (wie aus hier nicht weiter interessirenden factischen Momenten näher dargethan wird).

Hiernach hat der R. seinen Kindern erster Ehe durch den Receß vom 15. September 1847 nur den Nachlaß ihrer von ihm geschiedenen Mutter ausgekehrt, und keineswegeß beabsichtigt, diese Kinder erster Ehe rücksichtlich seines Vermögens von sich abzusondern. Ist nun auch die Feststellung des Nachlasses der separirten ersten Ehefrau nicht nach dem Stande des Vermögens zur Zeit der Ehetrennung, sondern

in der Art erfolgt, daß der Stand des Vermögens, wie er sich zur Zeit der Auseinandersetzung durch die dem Vater der Parteien inzwischen angefallene väterliche Erbschaft vergrößert hatte, zum Grunde gelegt und die Sache gleichsam so angesehen, als ob die erste Ehe erst durch den Tod der Ehefrau getrennt worden wäre, und als ob demnächst R. mit seinen Kindern erster Ehe die Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb fortgesetzt habe, so läßt sich aus dieser eben schon als unrichtig dargethanen Ansicht doch keinesweges folgern, daß nur die Bezeichnung der den Kindern erster Ehe überlassenen Vermögenshälfte als **mütterlicher Nachlaß** eine unrichtige sei, die in der Sache selbst nichts ändern könne. Gegen eine solche Annahme spricht geradezu die Verfügung des Gerichts vom 15. October 1847, durch welche dem R. die Bestätigung des Recesses vom 15. September 1847 mit dem ausdrücklichen Eröffnen bekannt gemacht wird, daß die Kinder nur wegen ihres mütterlichen Erbtheils abgefunden worden und nach seinem Ableben noch mit seinen übrigen Erben zur Theilnahme an der Verlassenschaft berechtigt seien, und der Umstand, daß R. gegen diese Eröffnung keinen Widerspruch erhoben hat. Denn läßt sich dieser Verfügung auch nicht der Character der im Art. 33. Tit. II. lib. II. des lübischen Rechts erwähnten Protestation beilegen, da der Auseinandersetzungs-Receß von dem Vormundschafts-Gericht ohne allen Vorbehalt bestätigt worden ist, so beseitigt sie doch jeden Zweifel über den Sinn, in welchem die Auseinandersetzung von dem Gericht aufgefaßt worden, und gegen welchen von dem R. kein Widerspruch erhoben ist.

Hat es hiernach nicht in der Absicht des R. gelegen, seine Kinder erster Ehe auch rücksichtlich seines Vermögens von sich abzusondern, so kann der Kläger auch nicht zu den

abgesonderten und abgetheilten Kindern gerechnet werden, vielmehr steht ihm das Miterbrecht in den Nachlaß seines Vaters allerdings noch zu, welches ihm durch das Erkenntniß zweiter Instanz zuerkannt ist.

Die Bestätigung dieses Erkenntnisses erscheint daher gerechtfertigt.

№ 30.

Minden-Ravensberg-Paderborn. Eheliche Gütergemeinschaft.

1) Ueber die Feststellung des Gewohnheitsrechts in Betreff der durch die Verordnung vom 8. Januar 1816 wiederhergestellten ehelichen Gütergemeinschaft.

2) Hat nach den Grundsätzen der in Minden, Ravensberg und Paderborn geltenden ehelichen Gütergemeinschaft das Kind, nach dem Tode eines seiner Eltern, bezüglich der Gütergemeinschaftsmasse ein Erbrecht mit der Wirkung, daß es dasselbe, wenn es vor dem Ueberlebenden seiner Eltern oder vor dem Falle einer Schichtung verstirbt, nicht bloß auf seine Abkömmlinge, sondern auch auf seinen Ehegatten, vermöge der mit diesem eingegangenen Gütergemeinschaft, transmittirt?

Verordnung vom 8. Januar 1816 (Ges.-S. S. 97.)

Der im September 1853 verstorbene Wittwer Br. zu Steinheim hatte, nach dem Tode seiner Ehefrau, die Gütergemeinschaft mit seinen Kindern fortgesetzt. Als er starb waren nur noch zwei Kinder, nämlich die Ehefrauen der beiden Verklagten, am Leben, eine dritte Tochter, die Ehefrau des Klägers, welche mit diesem, in Gütergemeinschaft lebend, ein Kind erzeugt hatte, war bereits am 13. Januar 1853 und einige Tage nachher auch ihr Kind gestorben. Die Verklagten hatten sich auf den Grund des Testaments des Br. in den Besitz des ganzen gütergemeinschaftlichen Nachlasses gesetzt. Der Kläger nahm, als Erbe seines Kindes und vermöge der zwischen ihm und seiner Ehefrau bestandenen Gütergemeinschaft, ein Sechstel jenes Nachlasses nebst den Nutzungen seit dem Tode des Br. in Anspruch. Die Verklagten erwiderten: beim Tode der Mutter, Ehefrau Br., seien außer den drei Töchtern, noch drei Söhne vorhanden gewesen, diese aber alle vor dem Vater unverheirathet und ohne Descendenten verstorben, deren Antheile also nach dem Condominial-Princip dem Vater zugefallen, so daß derselbe außer seiner Hälfte noch drei Zwölftel im Ganzen mithin neun Zwölftel erhalten hätte und Kläger immer nur ein Zwölftel des gütergemeinschaftlichen Vermögens würde verlangeu können. Aber auch hierauf habe er keinen Anspruch, weil er dasselbe aus dem mütterlichen Nachlasse längst erhalten habe und dadurch völlig abgefunden sei. Kläger hielt es für unerheblich, daß beim Tode der Mutter seiner Ehefrau — was er als ihm unbekannt bestritt — sechs Kinder vorhanden gewesen, weil nach dem Paderborner Provinzialrecht der unstreitige Rechtssatz gelte, daß Alles, was der überlebende Ehegatte während der fortgesetzten Gütergemeinschaft erwerbe, der gemeinschaftlichen Masse zuwachse, und bei der dereinstigen Theilung der überlebende Parens

immer nur die Hälfte erhalte. Die Abfindung ward bestritten und die Feststellung dessen, was zu conferiren sei, als zum künftigen Theilungsverfahren gehörig bezeichnet.

Das Kreisgericht zu Höxter erkannte am 20. Juli 1858 nach dem Antrage des Klägers und wies die Verklagten mit einem erst in der Duplik vorgebrachten Reconventions-Antrage wegen Anrechnung dessen, was die Ehefrau des Klägers bereits erhalten, als verspätet ab.

Die Verklagten appellirten und beriefen sich zunächst auf das Consolidations-Princip, sodann aber auch auf ein Gewohnheitsrecht im dortigen Appellations-Gerichtsbezirke und namentlich auch in Steinheim, nach welchem der überlebende Ehegatte die Befugniß habe, sowohl unter Lebenden, als durch Testament über das ganze gütergemeinschaftliche Vermögen zu verfügen und die Kinder, welche sich benachtheiligt glaubten, nur die Klage auf Ergänzung des Pflichtheils anstellen könnten; ein Recht, das — worüber Zeugenbeweis angetreten wurde — seit der Wiedereinführung der Gütergemeinschaft im Jahre 1816 nicht nur von sämmtlichen Gerichtseingesessenen des Appellations-Gerichtsbezirks, sondern auch von sämmtlichen Gerichten als Gewohnheitsrecht anerkannt und ausgeübt und niemals bezweifelt worden sei. Das Appellations-Gericht zu Paderborn verordnete hierauf eine Beweiserhebung durch Vernehmung von zehn benannten, sämmtlich dem Juristenstande der Provinz angehörigen Zeugen, über die dahin aufgestellten Fragen:

ob das Gewohnheitsrecht der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft im Bezirke des Appellations-Gerichts Paderborn dahin bestehe, daß mit dem Tode eines Ehegatten, auch bei dem Vorhandensein von Kindern das gesammte gütergemeinschaftliche Vermögen ein Alleingut des über-

lebenden Ehegatten, mit Ausschluß aller Eigenthumsrechte der Kinder, bleibe und der überlebende Ehegatte darüber sowohl unter Lebenden als von Todeswegen frei und ungehindert, jedoch mit Vorbehalt des Pflichttheils der bei seinem Absterben noch lebenden Kinder, habe verfügen können? ob so das Recht von jeher von den Eingesessenen verstanden und in allen ihren Verträgen und Dispositionen ausgeübt und nach dieser als ganz unzweifelhaft angenommenen Observanz stets auch von den Gerichten und Vormundschaftsbehörden der ehemals Paderborner und Minden-Ravensberger Lande, sowie auch von den Notarien verhandelt und regulirt, nie aber nach dem Tode eines Ehegatten von einem dadurch den Kindern zugefallenen und vererblichen Miteigenthume Rede gewesen sei? oder aber, ob durch den Tod eines Ehegatten den vorhandenen Kindern erster Ehe ein wirkliches Miteigenthum zur Hälfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens zugefallen sei?

Hierauf änderte das gedachte Appellations-Gericht am 3. Juni 1859 das Urtel erster Instanz dahin ab, daß es den Kläger mit seiner angestellten Klage abwies. Dasselbe nahm in seinen Gründen Bezug auf den Inhalt der Verordnung vom 8. Januar 1816, wonach über die wiederhergestellte eheliche Gütergemeinschaft, wie solche vor Einführung der französischen Gesetze nach Provinzialgesetzen, Statuten und Gewohnheiten bestanden habe, in Ermangelung der ersteren, die erweislich vorhandenen Gewohnheiten entscheiden müßten, d. h. diejenigen Satzungen, welche von Alters her durch eine gleichförmige und ununterbrochene Sitte stets im Volksbewußtsein vorgeherrscht hätten, und daher als nothwendig zu beachtende Normen anerkannt, durch ununterbrochene Gewohnheit zu wirklichen Rechtsnormen erhoben seien. Sie müß-

ten und könnten daher, wenn sie bestritten würden, gleich anderen bestrittenen Thatsachen durch Beweisaufnahme ermittelt werden, und wenn sie ermittelt seien, so sei es kraft des Gesetzes eine unabweisliche Pflicht des Richters, seine Entscheidung nur auf diese Gewohnheiten, nicht aber auf lediglich subjective oder gar theoretisch herausgebildete Rechtsanschauungen zu basiren, nach §. 55. Thl I. Tit 10. A. G. O. Die Appellanten hätten sich nun für ihre Behauptung: daß zufolge des dortigen Gütergemeinschaftsrechts der überlebende Ehegatte, wenn auch Kinder vorhanden seien, mit Ausschluß der Kinder unbeschränkter Alleineigenthümer des ganzen gütergemeinschaftlichen Vermögens werde und die Kinder, welche ihn überleben, auf nichts weiter, als auf die Hinterlassung des, in der Hälfte des alsdann noch übrigen Vermögens bestehenden Pflichttheils Anspruch zu machen hätten und das in dieser Beziehung den Kindern zustehende Hoffnungsrecht zwar auch auf ihre legitimen Abkömmlinge übergehe, übrigens aber auf keine Weise transmissibel sei, mit Recht auf die Praxis der dortigen Ober- und Untergerichte, und auf die darüber stattgefundenen Verhandlungen berufen, sie hätten aber zum Ueberfluß auch noch einen Beweis durch Zeugen darüber angetreten. Alle diese Zeugen, deren Erfahrungen nahe an den Anfang dieses Jahrhunderts zurückgingen, in Verbindung mit den in Wigand's Provinzialrecht von Paderborn unter Nr. 19. bis 22. abgedruckten eidlichen Zeugnissen der in den Jahren 1816 1818 und 1820 vernommenen Zeugen, deren Eefahrungen weit in das vorige Jahrhundert hinein reichten, bestätigten von der ältesten bis in die neueste Zeit die allgemeine Anerkennung der angeführten Grundsätze und auch deren Befolgung, von der auch in judicando nicht abgewichen sei, wenn auch durch Entscheidungen des Ober-Tribunals nach

dem Jahre 1840 und die dadurch herbeigeführte Unsicherheit des Rechts, bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Vormundschafts- und Hypothekensachen auf Maaßregeln zur Sicherheit von einigen Gerichten und Notarien Bedacht genommen sei. Mit dem Rechtsbegriffe eines condominii, welches bei einer in anderen Ländern wirklich bestehenden communio bonorum prorogata bestehen möge, ließen sich die dort geltenden Grundsätze nicht vereinigen; dies könne aber nur zu dem Schlusse führen, daß man den anders wo passenden Ausdruck: communio prorogata hier ohne Ueberlegung gebraucht habe, und daß derselbe bei dem, was erwiesenermaaßen thatsächlich feststehe, dort vermieden werden müsse; nicht aber lasse sich das Thatsächliche ableugnen und verwerfen, weil man sich — irrthümlich — für berechtigt halte, bei einer ehelichen Gütergemeinschaft ein condominium anzunehmen, welches bei dem Tode des einen Ehegatten zur Hälfte auf vorhandene Kinder übergehe. Dieser Uebergang lasse sich mit dem in jenen Provinzen thatsächlich bestehenden Rechte, welches für den Richter allein maaßgebend sei, nicht vereinigen. Müsse aber dasselbe anerkannt werden, dann sei auf die vor ihrem Vater verstorbene Ehefrau des Klägers noch kein transmissibles Recht auf das Vermögen ihres Vaters übergegangen und es habe solches nicht in die Gütergemeinschaft zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau übergehen können.

Auf die Revision des Klägers hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 12. December 1859, unter Abänderung des Appellations-Urtels, das Erkenntniß erster Instanz mit der Maaßgabe, daß die Verklagten mit ihrem Reconventions-Antrage zur besonderen Ausführung zu verweisen, wiederhergestellt.

Gründe.

Durch das Erkenntniß erster Instanz sind die Verklagten schuldig erkannt worden, das von Br. bei seinem Tode besessene Vermögen zu manifestiren, dasselbe mit dem Kläger dahin zu theilen, daß ihm ein Sechstel und den Verklagten zusammen fünf Sechstel davon zufällt, und dem Kläger die seit dem Tode des Br. gezogenen Nutzungen jenes dem Kläger gebührenden sechsten Theils herauszugeben. Das Gericht ist dabei von den Grundsätzen des Condominial-Princips und insbesondere davon ausgegangen, daß das Miteigenthumsrecht der Ehefrau des Klägers, Tochter des Br., welche ebenso wie die Ehefrauen der Verklagten, mit ihrem Vater in der fortgesetzten Gütergemeinschaft lebte, dann aber vor ihrem Vater mit Hinterlassung eines, jedoch ebenfalls vor dem Großvater Br. verstorbenen Kindes, verstorben ist, auf den Kläger, als deren Rechtsnachfolger, übergegangen sei.

Das Appellations-Gericht zu Paderborn hat den Kläger dagegen mit seiner angestellten Klage auf den Grund des Consolidations-Princips d. h. deshalb abgewiesen, weil nach den Grundsätzen des im Fürstenthume Paderborn bestehenden Gütergemeinschaftsrechts, nach dem Absterben des einen Ehegatten, wenn auch Kinder vorhanden sind, der Ueberlebende, mit Ausschluß der Kinder unbeschränkter Alleineigenthümer des ganzen gütergemeinschaftlichen Vermögens werde, die Kinder, welche ihn überleben, auf nichts weiter, als auf die Hinterlassung des in der Hälfte des alsdann noch übrigen Vermögens bestehenden Pflichttheils Anspruch zu machen hätten, und das den Kindern in dieser Beziehung zustehende Hoffnungsrecht zwar auch auf ihre legitimen Abkömmlinge übergehe, übrigens aber auf keine Weise transmissibel sei. Die hier allein

vorliegende Frage: ob das dem Kinde nach dem Tode eines seiner Eltern bezüglich der Gütergemeinschafts-Masse zustehende Recht nur auf dessen Abkömmlinge, nicht aber auf dessen Ehegatten resp. Vater des verstorbenen Abkömmlings transmissibel sei? hat der Appellations-Richter lediglich auf den Grund und als eine nothwendige Consequenz des, als bestehend angenommenen, Systems des Alleineigenthums des überlebenden Ehegatten und der bloßen Pflichttheilsberechtigung der ihn überlebenden Abkömmlinge, bejahet. Zur Unterstützung dieses, bekanntlich vom Ober-Tribunal stets als irrthümlich erkannten und in vielen Entscheidungen bekämpften, Systems, hat jetzt das Appellations-Gericht, auf den Antrag der Verklagten einen Beweis durch Zeugenvernehmung angeordnet, und dasselbe ist der Meinung, daß als Resultat dieser Beweisaufnahme, in Verbindung mit frühern Ermittelungen, jenem Systeme des Alleineigenthums des überlebenden Ehegatten und der bloßen Pflichttheilshoffnung der Kinder ein nach §. 55. Thl. I. Tit. 10. der A. G. O. festgestelltes oder bewiesenes, gültigerweise bestehendes Gewohnheitsrecht zum Grunde liege, welches Gewohnheitsrecht, als thatsächlich erwiesen, daher auch vom Richter anerkannt und bei seinen Entscheidungen befolgt werden müsse. Diese Ansicht muß jedoch als unhaltbar verworfen werden.

Der §. 55. l. c. bestimmt:

> In Fällen, da es nach den Vorschriften des Allg. Landrechts auf Observanzen und Gewohnheiten wirklich ankommt, müssen dieselben, wenn die Parteien darüber nicht einig sind, gleich anderen bestrittenen Thatsachen durch Beweisaufnahme ins Licht gesetzt werden.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Gesetzgeber hierbei auch provinzielle, über ganze Provinzen sich erstreckende, Gewohnheitsrechte vor Augen gehabt habe, ob sich ferner

der Principienstreit über das s. g. Consolidations- oder Condominial-Prinzip, — wäre er jetzt noch nach den thatsächlichen Ergebnissen seit 1816 zu entscheiden, — durch die Vernehmung von einer Anzahl rechtsverständiger, in der betreffenden Provinz einheimischer und erfahrener Personen über die Principienfrage selbst schlichten ließe, da es doch dabei sehr wesentlich auf Rechtsansichten d. h. auf rechtliche Schlußfolgerungen aus den gegebenen thatsächlichen Verhältnissen ankommt. Jedenfalls ist die versuchte Feststellung des Gewohnheitsrechts durch Vernehmung der Zeugen, welche doch sämmtlich, so weit auch ihre Erfahrungen hinausreichen, aus eigener Wissenschaft nicht über das vor der Fremdherrschaft bestandene Gewohnheitsrecht Auskunft zu geben im Stande waren, als verfehlt zu betrachten. Denn nach der Verordnung vom 8. Januar 1816 ist die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft so, wie sie auch im Fürstenthume Paderborn (das hier in Betracht kommt) vor der Einführung des französischen Rechts — in Ermangelung von Provinzialgesetzen und Statuten — nach Gewohnheiten bestanden hat, wiederhergestellt worden; sie soll dort auch noch ferner so stattfinden, wie sie daselbst vor Einführung des französischen Rechts bestanden hat. Es kommt hiernach also wesentlich darauf an, die vor Einführung des fremden Rechts bestandenen Gewohnheiten in Betreff der ehelichen Gütergemeinschaft zu ermitteln, nicht aber kann darauf, wie man seit dem Jahre 1816 das historische Material, welches über die früheren Gewohnheiten in Betreff dieses Rechtsinstituts in Folge jener Verordnung gesammelt und ermittelt worden ist, nach den Zeugnissen der vernommenen Juristen aufgefaßt, und welche Vorstellung man sich danach von dem früher nach Gewohnheiten bestandenen Gütergemeinschaftssystem gemacht hat, ein ent-

scheidendes Gewicht in dem Sinne gelegt werden, daß man diese Auffassung als nunmehr geltendes Gewohnheitsrecht anzusehen und zu befolgen hätte. Man würde durch die Construirung eines solchen, nach 1816 entstandenen, Gewohnheitsrechts möglicherweise ein ganz anderes Gütergemeinschaftsrecht ins Leben rufen und in Anwendung bringen, als wie solches durch das Gesetz vom 8. Januar 1816 wieder hergestellt worden ist. Hieraus ergiebt sich, daß der Versuch, ein solches Gewohnheitsrecht durch die Vernehmung von Zeugen, über die seit der Wiederherstellung der ehelichen Gütergemeinschaft im Jahre 1816 befolgten und in Uebung gekommenen Ansichten in Betreff der ehelichen Gütergemeinschaft in der betreffenden Provinz, festzustellen, neben den übrigen Bedenken der erheblichsten Art, welche einer solchen Ermittelung eines Rechtssystems, das immer einer verschiedenen Auffassung und Beurtheilung fähig bleibt, als ein völlig erfolgloser und verfehlter betrachtet werden muß. Die Revisen irren daher ebenfalls, wenn sie vermeinen, daß die Sachlage durch den nunmehr aufgenommenen Beweis eine wesentlich andere, als vor dieser Beweisaufnahme geworden sei. Die Sachlage ist vielmehr dieselbe geblieben, indem diese Beweisaufnahme kein Motiv, am wenigsten denn eine gesetzlich gebotene Veranlassung abgeben kann, um das von dem Ober-Tribunal bisher stets in Anwendung gebrachte s. g. Condominial-Princip aufzugeben d. h. den Grundsatz zu verlassen, welcher in dem Präjudiz 1287 (Entsch. Bd. 8. S. 458.) dahin ausgedrückt worden ist:

Nach den Grundsätzen der Paderbornschen Gütergemeinschaft tritt bei einer Ehe, aus der Kinder nachgelassen sind, durch den Tod des einen Ehegatten keine gänzliche Vereinigung der Rechte beider Eheleute in der Person

des Ueberlebenden (Consolidation) ein. Die Kinder gelangen vielmehr sogleich zum Miterbrecht und Miteigenthum in Betreff des ihnen gebührenden Antheils, und die Rechte des überlebenden Ehegatten auf dieses Erbtheil der Kinder können nur als ein Nießbrauchs- und ausgedehntes Verwaltungsrecht angesehen werden.

In dem Berichte des Geh. Ober-Tribunals vom 20. März 1844 (Beilage zum Justiz-Ministerial-Blatt Nr. 33.) ist diese Frage vor Allem dahin aufgestellt worden:

ist bei einer beerbten Ehe dem überlebenden Ehegatten das Alleineigenthum an dem ganzen Gütergemeinschafts-Vermögen zuzuschreiben, den Kindern aber nur eine certa spes succedendi, oder sind die Kinder als Miteigenthümer zu betrachten?

Das Ober-Landesgericht — so wird dort gesagt — und wie es versichert, alle Untergerichte seines Departements, kaum mit einer einzigen Ausnahme, nehmen das erste, das sogenannte Consolidations-Princip an, — das Geh. Ober-Tribunal hat jedoch in judicando stets das letztere, das sogenannte Condominial-Princip befolgt, und hierfür hat sich bei gegenwärtiger Berathung auch das Plenum mit Einstimmigkeit erklärt.

Nachdem die Gründe entwickelt worden sind, weshalb, auch unter Berücksichtigung der allerdings herkömmlichen ausgedehnten Dispositions-Befugnisse des überlebenden Ehegatten, zugleich aber auch unter Berücksichtigung des bei jeder Auseinandersetzung oder Schichtung unbestritten vorwaltenden Theilnahmerechts der Kinder zur Hälfte, rechtlich nur eine fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb, keineswegs aber das behauptete Alleineigenthum des überlebenden Parens als bestehend angesehen werden könne; beschäftigt sich der Plenarbericht alsdann, gerade

unter Berücksichtigung aller vorliegenden historischen Momente, einschließlich der im Werke von Wigand über das Paderborner Provinzialrecht befindlichen, vom vorigen Richter theilweise in Bezug genommenen Atteste resp. Zeugnisse, mit der Darlegung, daß das s. g. Consolidations-Princip nichts weniger, als ein alt hergebrachtes in der Provinz sei, daß vielmehr vor der französischen Invasion das Condominial-Princip ganz entschieden geherrscht habe und ausdrücklich von der ehemaligen Gesetz-Commission anerkannt worden sei. Der Anerkennung der von dem Oberlandes-Gerichte behaupteten neueren Praxis, als wahres Gewohnheitsrecht, stehe fernerhin entgegen, daß sie auf keiner factischen historischen Basis, auf keinem vorgefundenen Herkommen beruhe, sondern lediglich auf irrthümlich angenommenen Rechtsnaturen, welche die Gütergemeinschaft haben solle und auf der eben so irrigen Rechtsmeinung, daß die dem superstes parens zustehenden besonderen Rechte juristisch dessen Alleineigenthum bedingten, das Miteigenthum der Kinder aber geradezu ausschlössen. Jedenfalls aber sei die Praxis der Gerichte noch niemals in irgend einem Lande für ein vollgültiges Gewohnheitsrecht erachtet worden, wenn sie in der höchsten Instanz reprobirt worden, und das sei dem Consolidations-Princip des Oberlandes-Gerichts zu Paderborn bei allen damit in Zusammenhang stehenden Streitfragen, die zur Entscheidung an das Geh. Ober-Tribunal gelangt seien, durchweg widerfahren.

Diesem letzteren Argumente tritt der Umstand hinzu, daß auch seitdem die neuere Praxis des Ober-Tribunals bekanntlich in allen zu seiner Entscheidung gelangten Processen an dem Condominial-Princip unwandelbar festgehalten hat. Aus allen diesen Gründen kann daher durch die neuere Beweisaufnahme eine Aenderung in der Sachlage nicht als

erbracht angesehen, und das vom vorigen Richter in Anwendung gebrachte Princip des Alleineigenthums des überlebenden Ehegatten, mit alleinigem Vorbehalt eines Pflichttheils der Kinder, keinesweges, als auf einem geltenden Gewohnheitsrechte beruhend betrachtet werden.

Was nun aber die hier eigentlich zur Entscheidung vorliegende Frage betrifft:

ob die Ehefrau des Klägers, welche vor dem Vater in der communio prorogata mit Hinterlassung eines Kindes, das aber ebenfalls den Tod des Großvaters nicht erlebt hat, gestorben ist, beziehungsweise dieses ihr Kind, ihr Theilnahmerecht an der gütergemeinschaftlichen Masse, als eine bloße spes succedendi, welche durch ihr Absterben vor einem Fall der Schichtung und vor dem Ableben des in dem Besitze des gesammten Guts verbliebenen Br. vereitelt worden sei, auf ihren Ehemann resp. Vater, den Kläger nicht haben transmittiren können, oder aber: ob vielmehr dieses Theilnahmerecht, als ein bereits erworbenes Recht des Miteigenthums, allerdings vermöge der ehelichen Gütergemeinschaft und des väterlichen Erbrechts des Klägers auf diesen übergegangen sei?

so muß anerkannt werden, daß die Beantwortung dieser Frage nach der ersten oder zweiten Alternative vor Allem davon abhängt, ob man das Consolidations-Princip oder das Condominial-Princip annimmt. Die ganze Beweisaufnahme hat sich, anscheinend eben deshalb, mit dieser Frage insbesondere gar nicht beschäftigt, und der vorige Richter hat seine Entscheidung nach der ersten Alternative auch lediglich auf das Princip der Consolidation oder des Alleineigenthums des überlebenden Parens, vorbehaltlich des Hoffnungsrechts der den Fall der Schichtung oder seines Todes erlebenden Kinder, gegründet. Nach dem Condominial-Prin-

cip, nach welchem der Ehefrau des Klägers mit dem Tode ihrer Mutter bereits ein Miterbrecht und Miteigenthum in Betreff der gütergemeinschaftlichen Vermögens-Masse anheimgefallen war, muß aber, in Ermangelung einer speciellen hierauf bezüglichen abweichenden Gewohnheit, angenommen werden, daß dieses bereits erworbene Recht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, auf den Kläger, als den gesetzlichen Rechtsnachfolger der Ehefrau und ihres Kindes, übergegangen sei; wie dies denn auch in dem gedachten Plenarbericht von 1844 Seite 7. und auch noch neuerdings in einem Urtel des Ober-Tribunals vom 18. Januar 1858 in Sachen Kappe wider Kappe angenommen worden ist. Dieser Annahme steht zwar anscheinend das Bedenken entgegen, daß, nach dem, als bestehend anerkannten, Gewohnheitsrechte, bei der Theilung die vor dem überlebenden Parens unverheirathet verstorbenen, nach dem allgemeinen Erbrecht von dem gedachten Parens zu beerbenden Kinder dennoch nicht in Betracht kommen, deren Antheil sich daher auf den überlebenden Parens nicht also vererbt, daß dessen Hälfte an der Gemeinmasse sich dadurch erhöhete, daß er vielmehr an der, durch diesen ideellen Antheil vermehrten oder unverändert gebliebenen gütergemeinschaftlichen Masse in dem Zustande zur Zeit der Theilung, immer nur zur Hälfte Theil nimmt. Allein so wenig dieser Grundsatz oder die dahin ausgedrückte Regel: „Was in der Were verstirbt, das erbt wieder an die Were“ dem Princip widerstrebt, wonach schon bei dem Tode des verstorbenen Ehegatten ein Miteigenthum an dem ehelichen Sammtgute zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern eintritt, wie dies in dem Urtel vom 5. März 1846 (Entscheidungen Band 13. Seite 477.) näher ausgeführt worden ist, eben so wenig kann aus diesem Grundsatze, der eben nur das

Rechtsverhältniß des überlebenden Parens in der fortgesetzten Gütergemeinschaft, seinen Kindern gegenüber, berührt, eine Folgerung für den Fall wo der überlebende Parens nach den allgemeinen Successionsrechten das verstorbene Kind nicht beerben würde, hergeleitet werden. Es kann daraus nicht gefolgert werden, daß das Kind, welches noch nicht abgefunden, sich verheirathet hat und in die Gütergemeinschaft getreten, dann aber vor dem überlebenden Parens gestorben ist, auf seinen Ehegatten nicht, vermöge dieser Gütergemeinschaft, sein Miteigenthum an der Sammtmasse habe übertragen können. Diese Transmission muß vielmehr aus dem Grunde hier für statthaft erachtet werden, weil der Rückfall des ideellen Antheils des Kindes an den Vater sowohl, als an die Geschwister, oder an die Were, in dem besseren Successionsrechte des überlebenden Ehegatten, welches Ascendenten und Geschwister ausschließt, ein Hinderniß findet.

Hiernach erscheint der Anspruch des Klägers, da außer ihm, als Rechtsnachfolger seiner Ehefrau, nur noch zwei Kinder des Br., die Ehefrauen der beiden Verklagten, bei seinem Tode vorhanden waren, auf ein Sechstel des Sammtvermögens, nebst den davon Seitens der Verklagten als Besitzer desselben seit dem Tode des Br., den sie als Testamentserben beerbt haben, gezogenen Nutzungen, so wie auf Manifestation dieses von dem Br. bei seinem Tode besessenen Vermögens an und für sich gerechtfertigt. Denn, daß diese Klage nicht nothwendig als eine Pflichttheils-Klage anzustellen und zu begründen war, ergiebt sich eben aus dem Umstande, daß die Klage auf das Miteigenthum gegründet wird und auch deshalb nur gegründet werden konnte, weil der Kläger den Br. selbst gesetzlich gar nicht beerbte (cfr. Entscheidungen Band 26. Seite 121.).

Die weiteren Gründe in Betreff der behaupteten Abfindung und der Reconvention, können hier übergangen werden.

№ 31.

Ehescheidung. Aussetzung der Publication des Erkenntnisses.

Darf in Ehescheidungssachen das eingelegte Rechtsmittel noch zurückgenommen werden, wenn über dasselbe bereits erkannt, die Publication des Erkenntnisses aber auf ein Jahr ausgesetzt ist?

Verordnung vom 28. Juni 1844 (Ges.-Samml. S. 193.) §§. 70. 71.

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 730.

Der Bauer P. zu R. klagte gegen seine Ehefrau auf Ehescheidung, welche dem Klageantrage widersprach und reconveniendo auf Grund gesundheitsgefährlicher Thätlichkeiten die Trennung der Ehe verlangte. Auf diese wurde auch durch die Erkenntnisse erster und zweiter Instanz erkannt; jedoch nicht auf Grund der Klage, sondern auf Grund der Widerklage.

Kläger legte gegen das Appellations-Erkenntniß noch die Revision ein und im Audienztermine vom 28. November 1859 ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals beschlossen und verkündet:

daß die Publication des Erkenntnisses auf ein Jahr auszusetzen sei.

Das Gericht erster Instanz, das Kreisgericht zu Belgard,

ist deshalb durch die Verfügung vom 2. December 1859 unter Rücksendung der Acten angewiesen, nach Ablauf der Frist unter den Parteien die Sühne zu versuchen und dann weiter zu berichten. Dasselbe hat unterm 6. Januar 1860 berichtet, daß der Kläger, Bauer P., nach der abschriftlich eingereichten Verhandlung vom 5. ej. m. das eingelegte Rechtsmittel der Revision gegen das Urtel des Appellations-Gerichts zu Cöslin vom 15. Februar 1859 zurückgenommen habe.

Nach Anhörung der General-Staats-Anwaltschaft und auf deren Antrag hat hierauf der erste Senat des Ober-Tribunals durch Verfügung vom 6. Februar 1860 das Kreisgericht zu Belgard angewiesen, den Parteien zu eröffnen:

> daß die zur Verhandlung vom 5. Januar 1860 erklärte Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels der Revision, Seitens des Klägers, in dem gegenwärtigen Stadium des Processes nicht mehr zuläßig erscheine, es vielmehr bei dem Beschlusse vom 28. November 1859 verbleiben müsse,

und zwar aus folgenden

G r ü n d e n:

Durch denselben ist nämlich verkündet, daß die Publication des Erkenntnisses auf ein Jahr auszusetzen sei. Es ist also über das vom Kläger eingelegte Rechtsmittel der Revision bereits erkannt und dasselbe kann daher schon aus diesem Grunde nicht mehr zurückgenommen werden, weil es eben durch das darauf erlassene Erkenntniß seine Erledigung gefunden hat. Hierin kann die Aussetzung der Publication auf ein Jahr nichts ändern. Denn diese Anordnung berührt nicht das bereits beschlossene Erkenntniß an sich, sondern bestimmt nur den Zeitraum, nach dessen Ablauf das Erkenntniß den Parteien publicirt und dadurch in volle

Wirksamkeit treten soll, vorausgesetzt, daß nicht inzwischen noch die durch die ausgesetzte Publication bezielte Aussöhnung unter den Parteien zu Stande kommt.

Außerdem ist aber auch noch zu berücksichtigen, daß das Urtel zweiter Instanz, welches nach der Absicht des Klägers durch die Zurücknahme der Revision wieder in Kraft treten soll, überhaupt nicht mehr so besteht, wie es vom Richter zweiter Instanz gesprochen ist. Der §. 70. der Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vom 28. Juni 1844 gestattet nur bei dem Vorhandensein der in demselben speciell hervorgehobenen Ehescheidungsgründe die sofortige Trennung der Ehe; bei Ehescheidungs-Klagen aber aus anderen als den speciell bezeichneten Gründen soll die Ehescheidung nicht sofort ausgesprochen, vielmehr, wenn der Scheidungsgrund zulässig und hinlänglich festgestellt ist, die Publication des Erkenntnisses auf ein Jahr ausgesetzt werden, und von dieser Regel nur dann eine Ausnahme eintreten, wenn der Richter findet, daß keine Hoffnung zur Aussöhnung vorhanden ist.

Nach §. 71. der gedachten Verordnung finden deshalb auch, wenn die Publication des Erkenntnisses ausgesetzt ist, wegen des weiteren Verfahrens die Vorschriften der §§. 728 bis 730. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. Anwendung, wonach (§. 730.), wenn die Frist verstrichen ist, ein nochmaliger Sühneversuch von Amtswegen angestellt, und erst, wenn auch dieser fruchtlos ist, das Erkenntniß ohne weiteren Verzug eröffnet werden muß.

Hieraus ergiebt sich, daß den im §. 70. der Verordnung nicht speciell hervorgehobenen Scheidungsgründen nur eine bedingte, von dem Ablauf der einjährigen Frist und dem nochmaligen Sühneversuche abhängige Wirksamkeit beizulegen ist. Wenn daher durch den Beschluß vom 28. No-

vember 1859 die Publication des Revisions-Erkenntnisses auf ein Jahr ausgesetzt ist, so beruht dies auf jener bedingten Wirksamkeit des für zulässig und hinlänglich festgestellt erachteten Scheidungsgrundes, welche nicht gestattete, die Ehe sofort zu trennen, und das die Trennung der Ehe aussprechende Appellations-Erkenntniß ohne Weiteres zu bestätigen.

Das Erkenntniß zweiter Instanz hat in sofern eine Modification erhalten, als die darin ausgesprochene Trennung der Ehe von der Bedingung abhängig gemacht ist, daß zuvörderst der Ablauf eines Jahres abgewartet und ein nochmaliger Sühneversuch abgehalten werden muß. Diese durch die vom Kläger eingelegte Revision herbeigeführte Modification des Appellations-Erkenntnisses kann durch die Zurücknahme der Revision um so weniger beseitigt werden, als sie im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe, also in einem öffentlichen Interesse ausgesprochen ist. Deshalb erscheint es auch gleichgültig, daß die Verklagte und Widerklägerin sich in der Verhandlung vom 5. Januar 1860 mit der Zurücknahme der Revision Seitens des Klägers einverstanden erklärt hat.

Es muß daher bei dem Beschlusse vom 28. November 1859 verbleiben.

№ 32.

Vermögensabsonderung unter geschiedenen Eheleuten bei Gütergemeinschaft.

Gehört zu der, nach §. 755 ff. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. unter geschiedenen Eheleuten, welche in

Gütergemeinschaft gelebt hatten, vorzunehmenden Vermögensabsondernng, nothwendig auch eine Vereinbarung über Theilung der vorhandenen Schulden?

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 811. 812. 755—758. 820.

Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 16. S. 233 ff.

Die Schmiedemeister P.schen Eheleute sind geschieden und durch das Scheidungs-Urtel ist die Frau für den schuldigen Theil und zur Herausgabe des sechsten Theils ihres Vermögens, als Ehescheidungsstrafe, für verpflichtet erklärt worden. Beide hatten in Gütergemeinschaft gelebt und die Frau trug nun auf Ausantwortung ihres in die Ehe gebrachten Vermögens, soweit dasselbe noch vorhanden, an, wobei sie sich bereit erklärte, ein Sechstheil desselben (in Natur oder durch Zahlung des Werthes) dem Manne zu überlassen. Dieser hatte hiergegen grundsätzlich nichts zu erinnern, bestritt nur die Richtigkeit des von der Klägerin aufgelegten Verzeichnisses ihres Vermögens und verlangte außerdem, daß auch die vorhandenen Schulden in das Auseinandersetzungs-Verfahren einbegriffen und die Frau verurtheilt werde, eine Hälfte dieser Schulden zu übernehmen, beziehungsweise zu berichtigen. Dem widersprach die Klägerin, indem sie bestritt, Schulden gemacht zu haben, und behauptete, daß die Schulden des Mannes sie nichts angingen. Dieser Meinung trat das Kreisgericht zu Rogasen in seinem Erkenntnisse vom 13. Juli 1858 bei, indem es den Verklagten verurtheilte, die näher bezeichneten von dem eingebrachten Vermögen der Klägerin noch vorhandenen Stücke, gegen Empfang von einem Sechstheil ihres festgestellten Werthes, der Klägerin herauszugeben, oder, nach seiner Wahl, der Klägerin fünf Sechstheile des Werthes

aller dieser Stücke zu zahlen, in Betreff des Gegenantrages des Verklagten aber nur in den Entscheidungsgründen aussprach, daß die angeblich vorhandenen gütergemeinschaftlichen Schulden auf die Auseinandersetzung der geschiedenen Eheleute ohne Einfluß seien.

Diese Entscheidung ist, auf Appellation des Verklagten, vom Appellations-Gerichte zu Posen unter dem 28. Februar 1859 bestätigt, dies Urtel aber noch von dem Verklagten mit einer Nichtigkeits-Beschwerde angefochten worden, welche auszuführen sucht, daß das Erkenntniß zweiter Instanz die hier in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze verletzt habe. Vom ersten Senate des Ober-Tribunals ist jedoch durch das am 28. November 1859 erlassene Erkenntniß die Nichtigkeits-Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen worden.

Gründe.

Nach §. 811. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. kann, wenn unter den geschiedenen Eheleuten Gütergemeinschaft obgewaltet hat, der unschuldige Theil wählen; ob er die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens fordern oder auf Absonderung der Güter antragen wolle, und wenn letzteres geschieht, so erfolgt gemäß §. 812. die Absonderung nach den §§. 755—758. ertheilten Vorschriften. Diese aber lauten:

§. 755. Hat unter den geschiedenen Ehegatten Gemeinschaft der Güter obgewaltet, so nimmt jeder Theil sein in die Ehe gebrachtes, oder während derselben durch Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke oder bloße Glücksfälle erlangtes Vermögen zurück und das übrige wird unter beide Eheleute gleich getheilt.

§. 756. Alles, wovon nicht nachgewiesen werden kann, daß es von einem der Eheleute in die Ehe gebracht worden, wird als gemeinschaftlich angesehen.

§. 757. Doch werden durch diese Auseinandersetzung die Rechte der Gläubiger in Ansehung des gemeinschaftlich gewesenen Vermögens in nichts geändert.

§. 758. Es finden aber auch in diesem Falle die Vorschriften des §. 659. Anwendung.

Das Citat §. 659. ist bekanntlich ein Druckfehler und es ist der §. 661. gemeint. (Rescr. vom 29. December 1837 Jahrbücher Bd. 50. S. 475.)

Und dieser §. 661. giebt am Schlusse der Vorschriften, welche über die Auseinandersetzung des überlebenden Ehegatten, mit den Erben des Verstorbenen, mit welchem er in Gütergemeinschaft gelebt hat, handeln, die Bestimmung:

Wegen der Schulden, die auf dem gemeinschaftlichen Vermögen haften, und der Befugniß der Gläubiger, sich auch nach erfolgter Auseinandersetzung an den einzelnen Interessenten zu halten, finden eben die Vorschriften, wie bei Erbtheilungen überhaupt, Anwendung. (Thl. I. Tit. 17. Abschnitt 2.)

Das Landrecht enthält also in den §§. 755. und 756. nur Bestimmungen über die Auseinandersetzung der beiden geschiedenen Ehegatten hinsichts ihres Vermögens, und zwar solche Bestimmungen, die das ganze, bis dahin gemeinschaftliche Vermögen vollständig trennen, indem alle Bestandtheile dieses Vermögens, welche nicht als Eingebrachtes des einen oder des anderen Ehegatten, oder als von ihm während der Ehe durch Erbschaften u. s. w. erworbenes Gut zu demselben zurückkehren, als gemeinschaftlich erworben angesehen und zwischen Beiden getheilt werden sollen. Welche Rücksicht bei dieser Auseinandersetzung auf die vorhandenen Schulden zu nehmen sei? darüber ist dort nichts gesagt. Der folgende §. 757. aber giebt, indem er die Rechte der Gläubiger in Ansehung des gemeinschaftlich

gewesenen Vermögens als durch die Auseinandersetzung unter den Eheleuten ganz unverändert vorbehält, zu erkennen, daß eine besondere Verabredung über die Theilung oder Abtragung der Schulden nicht zu der Vermögenssonderung des geschiedenen Ehepaares nothwendig gehöre, vielmehr es den Gläubigern überlassen bleibt, ihre Rechte selber wahrzunehmen. Die Hinweisung ferner des §. 758. auf den §. 661. daselbst, welcher dann weiter verordnet, daß die bei Erbtheilungen hinsichts der Erbschaftsschulden geltenden Bestimmungen des 17. Titels im I. Theile des Landrechts auch bei der Vermögensabsonderung unter geschiedenen Ehegatten in Betreff der auf dem gemeinschaftlichen Vermögen haftenden Schulden und der Befugnisse der Gläubiger Anwendung finden sollen, bestätigt die obige Annahme. Wie den Nachlaßgläubigern die Theilung der Erbschaft an ihren Rechten unschädlich bleibt, wenn sie nicht vorher, unter Beobachtung der besonderen Vorschrift der §§. 137 ff. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. von der Absicht der Erben, theilen zu wollen, in Kenntniß gesetzt worden sind, und selbst nach der gehörig bekannt gemachten Theilung den Gläubiger, der sich nicht gemeldet hat, nur eine mäßige Erschwerung in Verfolgung seines Gläubigerrechtes trifft, indem er dann nur jeden Erben für dessen Antheil in Anspruch nehmen kann; so bleiben auch den Gläubigern der geschiedenen Eheleute nach der Gütersonderung, ihre Rechte gegen das gemeinschaftlich gewesene Vermögen und beziehungsweise gegen jeden einzelnen Ehegatten unverkürzt.

Implorant ist anderer Meinung; aber seine Ausführung: daß der §. 755. nicht eine Auflösung des gemeinschaftlichen Vermögens in dessen Bestandtheile ex tunc sondern ex nunc bezwecke, daß also nicht auf dessen Zustand

zur Zeit der Eheschließung, sondern auf das zur Zeit der rechtskräftigen Scheidung vorhandene Vermögen zu sehen sei, trifft die hier nur vorliegende Streitfrage gar nicht, da die Klägerin wirklich nur ihr eingebrachtes Vermögen, soweit es bei Trennung der Ehe ihrer Behauptung zufolge, noch vorhanden war, zurückgefordert, und durch die, insoweit schon rechtskräftigen Urtel der früheren Instanzen das so Geforderte sogar nur theilweise erstritten hat. Der Anspruch des Imploranten geht viel weiter, indem er verlangt, daß die Klägerin mit ihrem Eingebrachten auch noch für die bei Trennung der Ehe vorhandenen Schulden zur Hälfte aufkommen müsse und daß diese Verpflichtung jetzt schon festgestellt werde, ohne daß ein Gläubiger darauf angetragen hat. Daß dies in den Gesetzen begründet sei, dafür ist in der Richtigkeits-Beschwerde nichts Besonderes angeführt, vielmehr dieserhalb auf die Gründe eines früheren Urtels des Ober-Tribunals vom 20. December 1847 lediglich verwiesen. Aber ohne hinreichenden Grund. Denn dieses Urtel (Entscheidungen Bd. 16. S. 233 ff.) hat zwar die Frage erörtert, ob der §. 755. ein Zurückgehen auf den Vermögensbestand zur Zeit der Eheschließung gebiete? und dieselbe dahin beantwortet, daß das zur Zeit der Scheidung der Ehe noch vorhandene Vermögen zur Grundlage der Auseinandersetzung dienen und daraus jeder Ehegatte das von ihm in die Ehe gebrachte Vermögen zurückerhalten müsse, wenn nämlich das Vorhandene zur Befriedigung Beider zureiche und es ist ferner dort ausgesprochen, daß die in solcher Weise vorzunehmende Auseinandersetzung der geschiedenen Ehegatten die Legung eines vollständigen Vermögensinventars voraussetze, es auch nicht zuläßig sei, daß einer der Ehegatten nur einzelne inferirte Stücke, ohne Rücksicht auf den bei Trennung der Ehe vorhandenen Vermögensbestand,

und ohne Beachtung der gleich guten Rechtsansprüche des anderen Theils, auf Rückempfang seines eingebrachten Vermögens, zurückfordre. Diesen Grundsätzen entspricht aber auch die jetzt angefochtene Entscheidung überall, indem sie nur die Absonderung des bei Trennung der Ehe der Parteien vorhanden gewesenen Vermögens beider Theile geboten hat, nachdem über die Inferirung der vorhandenen Stücke Beweis erhoben war. Von den Schulden der Eheleute ist dagegen in jenem früheren Falle nicht die Rede gewesen und das Erkenntniß vom 20. December 1847 hat gar keine Gelegenheit gehabt sich über die Behandlung dieser speziellen Frage auszulassen. Es folgt auch nicht etwa von selbst aus dem Grundsatze:

> daß für die Gütersonderung der Bestand des gemeinschaftlichen Vermögens zur Zeit der rechtskräftigen Ehescheidung, zum Grunde zu legen ist,

der Satz: daß von diesem Bestande noch die Schulden der Ehegatten abzuziehen seien. Denn die im §. 755. vorgeschriebene Gütersonderung hat es nur mit der Ermittelung des eingebrachten Vermögens jedes Ehegatten und wieviel davon bei der Scheidung noch vorhanden gewesen? zu thun, und sie ist beendigt, sobald diese Thatsachen festgestellt sind. Eine Theilung der Schulden, die sich bei Auflösung der Ehe vorfinden, ist von jener Operation ganz verschieden. Da während der Ehe der Mann das gütergemeinschaftliche Vermögen verwaltet, und alle von ihm auch allein gemachten Schulden jenes Vermögen wie seine Person nach §. 320. l. c. belasten, nicht aber die Frau persönlich verpflichten, dagegen die von der Frau während der Ehe gemachten Schulden nach §. 389. das. in der Regel das gemeinschaftliche Vermögen nicht berühren, so wird in den meisten Fällen nicht einmal ein Interesse der geschiede-

nen Ehegatten vorhanden sein, im Voraus etwas wegen der Schulden zu verabreden, sie werden vielmehr die gesetzlichen Folgen sich gefallen lassen. Jedenfalls ist nicht einzusehen, wie aus den angeführten gesetzlichen Vorschriften herzuleiten wäre, daß die Frau kurzweg eine Hälfte der Schulden zu tragen habe, was Verklagter verlangt, und er hat unterlassen, irgend einen anderen rechtlichen Anspruch zu substantiiren. Die im §. 755. angeordnete Absonderung des von beiden Theilen in die Ehe gebrachten Vermögens hat nicht den Zweck, eine reine Vermögensmasse herzustellen, welche getheilt werden könnte; dies läßt sich vielmehr nur von dem nach der Absonderung noch verbleibenden Ueberschusse sagen, ein solcher ist aber hier nicht vorhanden, da die Schulden das Vermögen übersteigen.

Man kann das Gesagte auch aus dem Grunde noch für das Richtige halten, weil, wie schon vom Appellations-Richter bemerkt worden ist, an einer anderen Stelle für einen verschiedenen Fall auch etwas Abweichendes verordnet ist. Wenn nämlich der unschuldige Ehegatte statt der Absonderung der Güter eine Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens gewählt hat, so bestimmt der §. 820.:

Nur solche Schulden, welche vor angemeldeter Scheidungsklage entstanden sind, können zur Last des unschuldigen Theils von dem gemeinschaftlichen Vermögen abgezogen werden.

In diesem Falle kömmt es wirklich darauf an, die reine Vermögensmasse festzustellen, von welcher dem unschuldigen Theile eine Hälfte gewährt werden soll, und es bleibt daher nichts übrig, als in diese Auseinandersetzung auch die Erörterung über den Schuldenbestand hineinzuziehen; weil aber das Gesetz dies hier angeordnet hat, mit der Beschränkung hinsichts der Zeit der Entstehung der Schulden (vor Anmeldung der Scheidungsklage) so darf daraus ge-

folgert werden, daß die abweichende Bestimmung des §. 755. auch wirklich eine andere Behandlung dieses letzteren Falles beabsichtigt hat.

Die sonst noch als verletzt vom Imploranten bezeichneten §§. 391. 732. 743. l. c. sind ohne allen Einfluß auf die Entscheidung der Sache, da der §. 391. nur verordnet, daß auch solche Schulden beider Ehegatten, welche schon vor vollzogener Heirath gemacht worden, der Regel nach dergestalt gemeinschaftlich werden, daß die Gläubiger sich deswegen an das gemeinschaftliche Vermögen halten können, (eine Vorschrift übrigens, welche auch bei der günstigsten Auslegung nie dahin führen könnte, daß die Klägerin auch die vom Verklagten gemachten Schulden, wie er verlangt, berichtigen, also persönlich dafür aufkommen müßte) der §. 732. ferner den gar nicht bestrittenen Rechtssatz giebt, daß das Scheidungs-Urtel eine gänzliche Aufhebung der Ehe und aller ihrer Folgen, wirkt, und §. 743. endlich nichts weiter sagt, als daß nach getrennter Ehe beide Eheleute wegen ihres Vermögens auseinandergesetzt werden müssen.

№ 33.

Letztwillige Verordnungen der Eltern unter ihren Kindern.

Kann eine in der Form einer privilegirten Disposition abgefaßte letztwillige Verordnung der Eltern unter ihren Kindern, wegen Mangels der Form eines wirklichen Testaments, auch dann angefochten werden, wenn den Kindern eventuell die Forderung des Pflichttheils freigestellt ist?

A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §§. 378—380 a. 431.

Die Wittwe H. errichtete am 4. November 1852 vor Notar und Zeugen eine letztwillige Disposition, welche nach ihrem Tode von dem Ehemanne einer ihrer Töchter, nach einem Principal-Antrage (der hier nur von Interesse ist) als formell ungültig angefochten wurde. Nachdem die gedachte Wittwe die Aufnahme einer letztwilligen Verordnung über die Theilung ihres Vermögens unter ihren Kindern, im Eingange jener Urkunde beantragt und bemerkt hatte, daß von ihren sieben Kindern eines, mit Hinterlassung einer minderjährigen Tochter, bereits verstorben sei, fuhr sie also fort:

> Die noch lebenden sechs Kinder und die Enkelin Josephine V. kommen als meine Erben in Betracht, indessen bestimme ich über die Art, wie sie an meiner dereinstigen Verlassenschaft Theil haben sollen, folgendes Nähere. Erstens der ganze Inbegriff meines beweglichen und unbeweglichen Vermögens soll nach meinem Ableben auf meinen Sohn Franz H. übergehen und ihm allein zufallen. Derselbe muß aber auch alle an die Substanz des Vermögens geknüpfte Schulden, Verbindlichkeiten, Lasten und Abgaben übernehmen.

In den folgenden §§. 2—5. wurde dann angegeben, was die benannten vier Töchter an Geld und Geldeswerth bereits auf ihren Erbtheil erhalten hätten und sich darauf anrechnen lassen sollten. Zwei wurden dadurch von ihrer Verlassenschaft für gänzlich abgefunden erklärt, resp. mit weiteren Ansprüchen an ihre Verlassenschaft ausgeschlossen, den beiden anderen sollte der Sohn Franz zur Ergänzung ihrer Erbtheilsquote (von überhaupt 800 Thlrn.) noch die Restsumme von 160 Thlrn. resp. 360 Thlrn. zahlen. Im §. 6. setzte sie ihrer damals noch unverheiratheten Tochter Josephine (Ehefrau des Klägers) zu ihrem Erbtheil die

baare Summe von 500 Thlrn. und eine Aussteuer im Werthe von 300 Thlrn. aus und verpflichtete ihren Sohn Franz, ihr diesen Erbtheil zu gewähren. Nachdem im §. 7. der Erbtheil der jüngsten Tochter in gleichem Betrage bestimmt worden, ward schließlich im §. 8. bestimmt:

Wenn ein Kind sich beigehen läßt, diese letztwillige Verordnung aus irgend einem Grunde anzufechten, so soll dasselbe auf seinen Pflichttheil enterbt sein.

Die formelle Gültigkeit dieser letztwilligen Verfügung wurde deshalb angefochten, weil dieselbe Erbeseinsetzungen und Enterbungen enthalte, mithin nichts weniger als eine gesetzliche disposítio parentis inter liberos sei.

Der hierauf gegründete Principal-Antrag auf Ungültigkeits-Erklärung jener Disposition und Eröffnung der Intestat-Erbfolge wurde jedoch, nach dem Antrage des Verklagten Franz H., in beiden Instanzen durch die Urtel des Kreisgerichts und des Appellations-Gerichts zu Paderborn vom 21. December 1858 und 20. Mai 1859 verworfen und die vom Kläger hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde auch vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 7. November 1859 zurückgewiesen.

Es lauten die hierauf bezüglichen

Gründe:

Der Appellations-Richter hat die letztwillige Disposition der Wittwe H. vom 4. November 1852, obwohl sie der im §. 66. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. als Regel vorgeschriebenen gerichtlichen Form entbehrt, vielmehr vor Notar und Zeugen aufgenommen ist, nach §. 380 a. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. für formell gültig erachtet und deshalb den auf die behauptete formelle Ungültigkeit jener Disposition gestützten Principal-Antrag des Klägers verworfen.

Die hiergegen zu I. der Nichtigkeits-Beschwerde auf-

gestellte Behauptung, daß er, unter Verkennung des ihm zur Beurtheilung vorgelegten Rechtsgeschäfts (Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839), die §§. 66., 378., 379., 380a., 381—383., 385., 390., 391., 431., Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. durch unpassende, bezüglich durch Nichtanwendung verletzt habe, kann für begründet nicht erachtet werden. Die Verkennung des Rechtsgeschäfts könnte nur vorliegen, wenn hier eine andere Verordnung, als die im §. 380a. l. c. beschriebene, als vorhanden anzunehmen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Nach §. 378. l. c. können die Eltern von den in den §§. 300—376. l. c. vorher gegebenen Gesetzen über die Erbfolge der Kinder und weiteren Abkömmlinge durch letztwillige Verordnungen abweichen. Soll dadurch den Kindern und weiteren Abkömmlingen ihr Erbrecht genommen werden — sagt §. 379. — so muß dergleichen letztwillige Verordnung mit allen gesetzlichen Erfordernissen eines gültigen Testaments versehen sein (§. 431.). „Betrifft hingegen — sagt §. 380a. — die Verordnung nur die Grundsätze, oder die Art der Theilung unter den Kindern, so ist es genug, wenn sie nur von dem Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben, oder vor einem Justiz-Commissario und zweien Zeugen mündlich zum Protocoll erklärt worden.“ Dieser Gegensatz der beiden §§. 379. und 380a., sowie die Vorschrift des §. 431., welcher im §. 379. in Bezug genommen wird, bestimmen wesentlich den Umfang und die Kennzeichen der privilegirten letztwilligen Verordnung der Eltern, das heißt, ihrer Verordnung über die Grundsätze oder die Art der Theilung unter den Kindern, im Gegensatz zu der letztwilligen Verordnung, wodurch den Kindern oder weiteren Abkömmlingen ihr Erbrecht genommen werden soll, was wieder in dem, unter der Rubrik von

„Enterbungen" stehenden §. 431. l. c. dahin näher erläutert wird:

> Alle letztwilligen Verfügungen, wodurch den Kindern ihr Pflichttheil genommen, geschmälert oder belastet werden soll, müssen, bei Strafe der Nichtigkeit, in der Form eines wirklichen Testaments abgefaßt sein, und die Form einer privilegirten Disposition unter Kindern ist dazu nicht hinreichend.

Es ist hier also überall von letztwilligen Verfügungen die Rede, welche bezwecken, im Sinne der §§. 399—430. l. c. den Kindern ihren Pflichttheil zu nehmen, zu schmälern oder zu belasten, und welche, um dies auch in formell gültiger Weise bewirken zu können, nothwendig in der Form eines wirklichen Testaments abgefaßt sein müssen. Auf eine solche absichtliche Enterbung, Entziehung des Erbrechts oder Schmälerung oder Belastung des Pflichttheils, zu welcher es nach den §§. 379. und 431. l. c. allerdings der Form eines wirklichen Testaments bedurft hätte, um ihr, wäre sie auch gesetzlich an und für sich zulässig, Gültigkeit zu verschaffen, ist nun aber die vorliegende notarielle Disposition der Wittwe H. keinesweges gerichtet, da sie schließlich das Kind, welches diese letztwillige Verordnung aus irgend einem Grunde anfechten wollte, auf seinen Pflichttheil enterbt. Wenn daher der vorige Richter die vorliegende Disposition als eine Verordnung der Erblasserin über die Grundsätze und Art der Theilung unter den Kindern im Sinne des §. 380. l. c. aufgefaßt hat, so kann ihn schon aus diesem Grunde der Vorwurf einer Verkennung des vorliegenden Rechtsgeschäfts und einer Verletzung der allegirten Gesetze nicht treffen. Denn dadurch, daß die Wittwe H. ihrem Sohne, dem Verklagten, den ganzen Inbegriff ihres Activ- und Passiv-Nachlasses, jedoch mit der

Verpflichtung zuwendet, den noch nicht oder nicht vollständig abgefundenen Geschwistern zu ihrem Erbtheil oder zur Ergänzung desselben die bestimmte volle oder Restsumme auszuzahlen und so auch an die Ehefrau des Klägers zu ihrem Erbtheil die volle Summe von 800 Thlrn. zu zahlen, wird, da diese übrigen Kinder als Pflichttheilsberechtigte und als gesetzliche Erben bedacht werden, ihnen ihr Erbrecht keinesweges genommen, sondern die getroffene Anordnung fällt unter den Begriff der Verfügung über die Grundsätze und die Art der Theilung des Nachlasses. Hierin wird auch dadurch nichts geändert, daß die übrigen Erben durch diese Disposition dem Verklagten und Testaments-Erben gegenüber nach §. 263. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. als Legatarien zu betrachten sind, da ihnen ihr Anspruch auf den gesetzlichen Pflichttheil verbleibt und das Gesetz eine Theilung in der Art, daß alle Kinder zugleich als Erben und nicht bloß als Legatarien bedacht sein müßten, nicht vorschreibt.

Die Entscheidung des Ober-Tribunals vom 29. November 1841 (Entscheidungen Bd. 7. S. 243.), auf welche sich der Implorant bezieht, steht hiermit nur scheinbar im Widerspruch. Nachdem der Vater dort mit seiner Tochter einen Erbvertrag, mittelst welchem sie gegen eine Summe von 1550 Thlrn. der Erbschaft des Vaters entsagt hatte, geschlossen hatte, verfügte er in einem späteren Acte über seinen künftigen Nachlaß lediglich zu Gunsten seiner beiden Söhne, welche bloß verpflichtet sein sollten, den etwaigen Rest jener Abfindung an seine Tochter zu zahlen. Jener Erbschaftsentsagungs-Vertrag wurde als ungültig erkannt, und die spätere letztwillige Verfügung auch nicht als eine unter dem §. 380 a. l. c. zu subsummirende betrachtet, vielmehr als eine unter die §§. 379. und 431. l. c. fallende Disposition,

weil der Tochter vom Erblasser darin nur in Beziehung auf jenen (ungültigen) Abfindungs- und Entsagungs-Vertrag, nicht aber als seiner Erbin gedacht sei, und der Fall kein anderer sei, als wenn er ihr von seinem ganzen Nachlasse nichts zugewendet hätte. Hier sind der Ehefrau des Klägers die 800 Thlr. als Erbtheil zugewendet. Bedenklicher könnte dies etwa in Betreff der beiden Töchter erscheinen, welche nach der Disposition auf ihren Erbtheil bereits die angegebenen Summen resp. Gegenstände erhalten haben und dadurch für gänzlich abgefunden resp. ausgeschlossen von der Erbschaft erklärt werden. Indessen können die Eltern nach §. 385. l. c. und zwar nach dem Zusammenhange, in welchem dieser §. 385. mit dem §. 383. l. c. steht, ebenfalls in der privilegirten Disposition bestimmen, wie hoch die Ausstattungen oder Schenkungen, die einige Kinder von ihnen erhalten haben, bei der Theilung mit den übrigen angerechnet werden sollen, wodurch dann möglicher Weise ihr ganzer Erbtheil erschöpft sein kann; auch ist ihnen, wenn sie sich dadurch beschwert fühlen, der Pflichttheil vorbehalten. Außerdem greift aber der Grund durch, daß der Kläger aus den etwaigen Rechten dieser anderen Kinder keinen Grund für sich herleiten kann, die Disposition als formell ungültig anzufechten, was nach §§. 379. und 431. l. c. doch immer nur dem Enterbten selbst zustehen würde. Liegt aber hiernach und auch nach der Feststellung des vorigen Richters keine Enterbung oder Pflichttheilsbeschränkung im Sinne der §§. 379. und 431. l. c. sondern eine formell gültige Verfügung über die Grundsätze oder Art der Theilung der Verlassenschaft unter den Kindern vor, so kann es auch auf die eventuelle Ausführung des vorigen Richters, daß auch im ersten, hier aber nicht vorliegenden, Falle nach §. 431. l. c. immer nur eine Er-

gänzung des Pflichttheils würde gefordert werden können, und auf die hiergegen gerichtete Beschwerde nicht weiter ankommen.

Die Nichtigkeits-Beschwerde mußte daher in so weit für unbegründet erachtet werden, als sie gegen die erfolgte Abweisung des Klägers mit seinem Principal-Antrage: auf Ungültigkeitserklärung der Disposition vom 4. November 1852 und Theilung des Nachlasses der Eltern resp. der Mutter nach den Regeln der Intestat-Erbfolge, so daß Kläger davon ein Siebentel erhalten sollte, gerichtet ist, da dieser Antrag lediglich auf der behaupteten formellen Ungültigkeit jener Disposition beruhete.

№ 34.

Wirkungen der Einkindschaft.

Wird durch eine, unter der Herrschaft des Allg. Landrechts errichtete Einkindschaft, ein gleiches Erbrecht der Kinder beider Ehen auch in den Nachlaß ihres gemeinschaftlichen Parens selbst dann begründet, wenn, außer dem Falle der Einkindschaft, nach statutarrechtlichen Bestimmungen den Vorkindern ein weiteres Erbrecht an dem Nachlasse ihres leiblichen Parens nicht zustehen würde?

A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §§. 720. 734. 737. 740.

Der gemeinschaftliche Vater der Parteien, Wilhelm M. zu Heisingen, lebte in zwei Ehen in der dort geltenden Werdenschen Gütergemeinschaft. Aus der ersten Ehe

stammen sieben Kinder, unter denen die fünf Klägerinnen, aus der zweiten Ehe vier Kinder, unter ihnen der Verklagte. Bei Eingehung der zweiten Ehe wurde ein obervormundschaftlich bestätigter Vertrag beider Brautleute und des Curators der Vorkinder vom 15. Januar 1818 geschlossen, in welchem bestimmt ward:

§. 2. Wird zwischen der gegenwärtigen Braut mit Genehmigung ihres Vaters und den sieben Kindern erster Ehe des Bräutigams eine Einkindschaft im Sinne des Gesetzes, wonach unter ihnen die Rechte und Pflichten leiblicher Eltern und wechselseitige Successionsrechte hervorgebracht werden, hiermit errichtet.

§. 3. Erhalten bei dieser Einkindschaft die vorgenannten sieben Kinder erster Ehe pro praecipuo und als Abfindung in Rücksicht ihres Materni zum Voraus die Hälfte des im Inventar auf 38 Thlr. 10 Stbr. ermittelten reinen Vermögens mit 19 Thlrn. 5 Stbr.

Außerdem wurde dem Sohn erster Ehe das Pachtrecht an dem vom Vater unterhabenden Domanial-Grundstücke vor den übrigen Kindern erster und zweiter Ehe, sofern es von der Domainen-Behörde genehmigt werden sollte, vorbehalten.

Diese Genehmigung erfolgte nicht, die Eheleute Wilhelm M. erhielten das Grundstück, den M. Kotten, vielmehr im Jahre 1823 in Erbpacht, und bestimmten dann in ihrem Testamente vom 9. Mai 1834:

daß es rücksichtlich der künftigen Erbfolge in ihren Nachlaß bei dem Inhalte jenes Ehe- und Einkindschafts-Vertrages verbleiben, mithin in dieser Beziehung überall die Vorschriften des Werdenschen Landrechts zur Anwendung kommen sollten, so wie ferner, daß der Letztlebende von ihnen Beiden, welcher selbstredend zeitlebens das gesetzliche Nießbrauchsrecht behalte, befugt sein solle, nach

seiner freien Wahl einem der Kinder erster oder zweiter Ehe das Erbpachtsrecht an dem Kotten für den zur Zeit der Uebertragung durch gerichtliche Abschätzung zu ermittelnden Werth zu übertragen, und sich, falls er es für zweckdienlich halten möchte, eine angemessene Leibzucht daran vorzubehalten. Dasjenige ihrer Kinder, welches sich dieser Anordnung nicht ohne Widerspruch fügen möchte, sollte aus ihrem Nachlaß bloß den Pflichttheil erhalten.

Der Vater der Parteien starb im Jahre 1840, seine zweite Ehefrau im Jahre 1855, nachdem sie ihrem leiblichen Sohne, dem Verklagten, ihr Vermögen, einschließlich des gedachten Kottens, gegen eine Leibzucht und gegen eine bestimmte Abfindung seiner drei vollbürtigen Geschwister, durch den Vertrag vom 8. August 1846 übertragen hatte. Ihren Stiefkindern hatte sie nichts ausgesetzt, weil, — wie in dem Vertrage bemerkt wurde — ihnen durch den Einkindschaftsvertrag an den Nachlaß des Vaters keine Ansprüche erwachsen, sie vielmehr durch die ihnen zugetheilte damalige Vermögenshälfte abgefunden seien und sie, die Wittwe, durch jenen Vertrag in ihrer Disposition unter Lebenden nicht beschränkt sei.

Bei der Regulirung des Nachlasses der Wittwe M. weigerte sich der Uebernehmer aus demselben Grunde und weil der Kotten, den er im Jahre 1847 für 1550 Thlr. verkauft hatte, nicht zu jenem Nachlaß gehöre, den Abschätzungswerth desselben zum Inventar und zur Theilung zu bringen. Die Klägerinnen behaupteten hingegen, daß der Kotten bereits bei dem Tode des Vaters im Jahre 1840 auf die Kinder erster und zweiter Ehe desselben übergegangen sei und trugen, auf den Grund des Ein-

kindschaftsvertrages und des gedachten Testaments, gegen den Uebernehmer klagend darauf an, ihn zu verurtheilen:

den gedachten Kotten nebst Markenantheil in dessen am 8. August 1846 stattgefundenen, durch gerichtliche Abschätzung zu ermittelnden Werthe zur Theilungsmasse unter den Kindern des Wilhelm M. erster und zweiter Ehe zu bringen.

Der Verklagte bestritt diesen Anspruch, unter Wiederholung jener Gründe seiner Weigerung und beantragte die Abweisung der Klägerinnen mit ihrem Klageantrage, auf welche Abweisung auch das Kreisgericht zu Essen am 14. October 1858 erkannte. Dasselbe ging dabei von folgenden Erwägungen aus:

Nach §. 12. der Werdener Landesordnung*) falle bei Auflösung der Ehe das Eigenthum aller Immobilien, sie seien vor oder in stehender Ehe erworben, den „aus solcher Ehe gezielten Kindern" zu; nach §. 15. sollten alle ungereide Güter denen Kindern verbleiben, die aus der Ehe gezeuget, in welcher diese Güter acquirirt würden. Alle beweglichen Güter behalte der überlebende Ehegatte eigenthümlich nebst dem Nießbrauche an den Immobilien §. 12. Wenn daher ein Ehegatte vor dem anderen mit Hinterlassung von Kindern aus dieser und aus einer oder mehreren früheren Ehen sterbe, so theilten sich nur die Kinder letzter Ehe und der überlebende Ehegatte in das vorhandene Vermögen, und die Kinder aus früheren Ehen

*) cfr. Des Abts Benedict zu Werden und Helmstädt Werdensche Landesordnung vom 26. August 1734 nebst Declaration vom 21. Januar 1779 (v. Kamptz Jahrbücher Bd. 29. S. 243—253.).

Revidirter Entwurf des Provinzialrechts im Herzogthume Cleve ostseits Rheins und der Grafschaften Essen, Werden (Berlin 1837 §§. 161 ff.).

erbten von ihrem Parens in dem angenommenen Falle nichts; denn die Bestimmungen der Landesordnung ließen ihnen nichts übrig. Der M. Kotten sei hiernach beim Absterben des Vaters den Kindern zweiter Ehe ausschließlich zugefallen und die Kinder erster Ehe, mithin die Kläger, hätten von ihrem Vater überhaupt nichts geerbt, vorausgesetzt, daß der Einkindschaftsvertrag und das Testament hierin nichts geändert hätten. Eine solche Aenderung sei jedoch nicht anzunehmen. Der Einkindschaftsvertrag, welcher unter der Herrschaft des Allg. Landrechts geschlossen worden, begründe nach §§. 719 ff. Thl. II. Tit. 2. A. L. R., wie auch nach dem Wortlaute im §. 2. des Vertrages, nur ein wechselseitiges Successionsrecht zwischen den Stiefeltern und Stiefkindern, hier den Kindern erster Ehe und der zweiten Ehefrau des Wilhelm M. Der Einkindschaftsvertrag sei kein Entstehungsgrund eines wechselseitigen Erbrechts zwischen dem leiblichen Parens und seinen Kindern, und wenn solches auch als Regel vorausgesetzt werde, so folge daraus nicht, daß solches, wo es, wie hier, ausnahmsweise nicht vorhanden sei, durch den bloßen Abschluß eines Einkindschaftsvertrages ohne weiteres begründet werde. Wenn die §§. 734. 737. l. c. von einem gleichen Erbrechte der leiblichen Kinder und Stiefkinder sprächen, so sei das erstere eben das in der Regel gesetzlich vorhandene, nicht erst durch den Vertrag begründete. Das Testament von 1834 enthalte keine weiteren Bestimmungen über die Erbfolge, verweise vielmehr auf den Einkindschaftsvertrag und auf die Landesordnung.

Auf die Appellation der Klägerin erkannte das Appellations-Gericht zu Hamm hingegen abändernd, indem es den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilte. Dasselbe nahm ebenfalls an, daß nach den Bestimmungen der

Landesordnung den Kindern erster Ehe an dem, von ihrem Vater in zweiter Ehe erworbenen Kotten keine Rechte zuständen, hielt aber ihren Anspruch nach dem Einkindschaftsvertrage und dem Testamente für begründet. Denn der Einkindschaftsvertrag constituire für die Klägerinnen ein Erbrecht nicht allein an dem Nachlasse ihrer Stiefmutter, sondern auch an dem ihres leiblichen Vaters. Es folge dies aus der Natur und dem Entstehungsgrunde der Einkindschaft, durch welche die Nachtheile abgewendet werden sollten, welche gesetzlich auch da, wo das Verfangenschaftsrecht gelte, durch die Auseinandersetzung mit den Kindern entständen. Sie beruhe auf der Fiction, daß die Vor- und Nachkinder aus einer Ehe stammten (unio prolium) und bilde einen Erbvertrag zwischen den beiden Ehegatten zweiter Ehe auf der einen und den Vorkindern auf der anderen Seite. Der Erbtheil der Letzteren werde schon von vorne herein nach dem Maaßstabe bestimmt, welchen die Fiction der Gleichheit der Vor- und Nachkinder als Intestaterben enthalte. Wegen dieser Gleichstellung der Kinder beider Ehen könnten die Kinder erster Ehe durch das Verfangenschaftsrecht der Kinder zweiter Ehe von der Communion nicht ausgeschlossen werden, vielmehr müsse dies Verfangenschaftsrecht nun auch auf die Kinder erster Ehe, als fingirte Kinder derselben Ehe, zur Geltung kommen. Daß ein Anderes auch nicht in der Absicht der Eheleute M. gelegen habe, daß vielmehr die sämmtlichen Kinder an ihrem Nachlasse betheiligt sein, und die Rechte der sämmtlichen Kinder, nicht bloß der Kinder zweiter Ehe, dem überlebenden Ehegatten gegenüber nach Maaßgabe der Werdener Landesordnung beurtheilt werden sollten, ergebe sich klar aus den gedachten Bestimmungen des Einkindschaftsvertrages und des Testaments. Somit sei

der Kotten nach dem Tode des Vaters auf die Kinder erster und zweiter Ehe gediehen.

Der Verklagte legte Revision ein und beantragte die Wiederherstellung des Urtels erster Instanz. Der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch das Appellations-Urtel am 19. December 1859 bestätigt, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Richter erster Instanz hat die Klägerinnen deshalb abgewiesen, weil sie nach der Werdenschen Landesordnung an dem erst in zweiter Ehe erworbenen Kotten keinen Anspruch hätten, der Einkindschaftsvertrag und das Testament aber hierin nichts geändert hätten. Dieser Annahme liegt jedoch eine unrichtige Anwendung der Vorschriften des A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §§. 717 ff. über die Einkindschaft zum Grunde. Denn, wenn es auch im §. 720. l. c. heißt:

> Die Absicht der Einkindschaft ist, daß zwischen den Stiefeltern und Stiefkindern, die persönlichen Rechte und Pflichten, wie zwischen leiblichen Eltern und Kindern, ingleichen wechselseitige Successionsrechte hervorgebracht werden sollen,

so folgt doch hieraus gar nichts, was sich — worauf es lediglich ankommt — gegen das gleiche Erbrecht der Kinder beider Ehen in den Nachlaß ihres gemeinschaftlichen Parens anführen ließe; ein Erbrecht, das in den §§. 731 ff. a. a. O., wo recht eigentlich von den Wirkungen der Einkindschaft die Rede ist, und namentlich in den §§. 734. 740. sowie im §. 737. lautend:

> Wenn eines der Eltern verstirbt, so erben die leiblichen und Stiefkinder den Nachlaß desselben mit gleichen Rechte,

mit klaren Worten ausgesprochen ist, und, wie vom Ap-

pellations-Richter richtig ausgeführt worden ist, der Natur und dem Zwecke der unio prolium durchaus entspricht. Die bloß einleitende Bestimmung des §. 720., welche auch in dem Pensum XVI. der Gesetz-Revision, Motive das Erbrecht betreffend, pag. 339. eben deshalb als überflüssig bezeichnet wird, weil die rechtlichen Folgen der Einkindschaft in den §§. 731 ff. bestimmt worden, kann in diesen deutlich ausgedrückten Wirkungen nichts ändern.

Wenn der Richter erster Instanz, und mit ihm der Revident, davon ausgehen, daß der Einkindschaftsvertrag kein Entstehungsgrund eines wechselseitigen Erbrechts zwischen dem leiblichen Parens und seinen Kindern sei, daß dieses Erbrecht also, wo es ausnahmsweise, wie hier nach dem Statutarrechte, nicht vorhanden, auch durch den Einkindschaftsvertrag nicht begründet werde, und die §§. 734. 737. l. c. eben nur das als gesetzlich vorhanden vorausgesetzte Erbrecht, nicht ein erst durch Vertrag begründetes beträfen, daß also der Einkindschaftsvertrag, wie Revident vermeint, an sich nichts in dem gesetzlichen Erbrechte zwischen dem Parens superstes und dessen leiblichen Kindern den s. g. Vorkindern ändere, so steht dem nicht allein die klare Bestimmung der §§. 734. 737. l. c. entgegen, sondern diese Schlußfolge selbst ist auch eine irrige. Denn, wenn der parens superstes, der in der Werdenschen Gütergemeinschaft gelebt hat, zur anderen Ehe schreitet, so verlieren seine Kinder ihr Erbrecht in seinen Nachlaß doch nur in sofern, als Kinder in der neuen Ehe geboren werden. Bevor diese Eventualität eingetreten ist und Behufs deren Abwendung, sowie überhaupt zur Abwendung der möglichen unbilligen Ungleichheit der Erbrechte der Vor- und Nachkinder, wird nun gerade die Einkindschaft geschlossen, bei welcher der Parens superstes allerdings eben so wohl ein Hauptmit-

contrahent ist, wie der neue Stiefparens. Es führt daher zu einer unrichtigen Folgerung, wenn man von dem Gesichtspunkte einer beerbten zweiten Ehe aus, einen Vertrag beurtheilt, der eben zur Abwendung jener gesetzlichen möglichen Folgen einer zweiten Ehe geschlossen worden ist. Hiernach waren durch den Einkindschaftsvertrag vom 15. Januar 1818 gleiche Erbrechte in Beziehung auf den Nachlaß beider Eheleute Wilhelm M. für die Kinder beider Ehen des M. begründet, und wenn schon überhaupt die Vermuthung dawider streitet, daß man den Vor- und Nachkindern nur dann gleiche Erbrechte habe einräumen wollen, wenn die Stiefmutter vor dem leiblichen Vater stürbe, nicht aber auch im umgekehrten Falle, so giebt auch der Vertrag selbst schon, wenn darin den Kindern erster Ehe ein Voraus als Abfindung in Rücksicht ihres materni ausgesetzt wurde, zu erkennen, daß dieselben von der väterlichen Erbschaft keinesweges ausgeschlossen werden sollten. Damit stimmt denn auch der übrige Inhalt der beiden Urkunden, in sofern darin von den Kindern beider Ehen und von der Succession in „unseren“ d. h. der beiden Testatoren, Nachlaß die Rede ist, so wie namentlich die Bestimmung des Testaments vom 9. Mai 1834, welches von den Kindern erster und zweiter Ehe bei der Wahl des Annehmers des Kottens redet, völlig überein.

Nach den Vorschriften der Werdenschen Landesordnung, worauf das Testament, neben dem Einkindschaftsvertrage, verweiset, fiel dieses Grundstück, vorbehaltlich des lebenslänglichen Nießbrauchs der Wittwe, mit dem Tode des gemeinschaftlichen Vaters auf die unirten Kinder beider Ehen, und dieselben Kinder beider Ehen haben daher chau auf den gerichtlichen Abschätzungswerth zur Zeit der Uebertragung einen Anspruch, da die Wittwe M. nach dem Testa-

mente vom 9. Mai 1834 dem Verklagten den fr. Kotten nur für diesen Werth übertragen durfte.

Der Verklagte, welcher hiervon, wie aus dem Uebertragsvertrage vom 8. August 1846 §. 6. hervorgeht, vollständige Wissenschaft hatte, muß daher auch jetzt noch diesen Werth zur Theilungsmasse, Behufs Theilung unter die Kinder erster und zweiter Ehe des Wilhelm M. bringen, worauf vom vorigen Richter erkannt ist. Dessen Urtel mußte daher bestätigt werden.

№ 35.

Entlassung von Privat-Forstbeamten.

Unter welchen Umständen können die auf Lebenszeit angestellten und nach Maßgabe des §. 20. des Holzdiebstahls-Gesetzes vom 7. Juni 1821 oder des §. 33. des neueren Gesetzes vom 2. Juni 1852 vereidigten Privat-Forstbeamten ihres Dienstes entlassen werden?

Kann dies namentlich nur in den beiden, im §. 35. des zuletzt gedachten Gesetzes vorgesehenen Fällen geschehen?

Ges.-Samml. vom Jahre 1821 S. 89 ff. und vom Jahre 1852. S. 313.

Der Stadtrath A. hatte den Gottfried L. mittelst schriftlichen Vertrages vom $\frac{\text{2. December 1843}}{\text{1. October 1844}}$ für sein Gut St. als Waldwart auf Lebenszeit angestellt, und war der L. demnächst nach Maßgabe des §. 20. des Holzdiebstahls-

Gesetzes vom 7. Juni 1821 gerichtlich vereidet worden. Im Jahre 1854 hat der F. das Gut St. von den Erben des Stadtrath A. gekauft und den Waldwart L. bis zum Jahre 1856 in seinem Verhältnisse belassen, damals ihn aber seiner dienstlichen Functionen enthoben und nunmehr gegen den Letzteren auf Exmission aus seiner Dienstwohnung geklagt. Er hielt sich hierzu auf Grund der §§. 117., 118. und 121. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 für berechtigt, weil der Verklagte sich mehrmals widersetzlich gegen ihn betragen habe und demselben auch mannigfache Unterschlagungen zur Last fielen.

Der verschiedenen Einwendungen des Verklagten ungeachtet hat das Kreisgericht zu Elbing am 23. August 1858 denselben zur Räumung seiner Dienstwohnung verurtheilt, weil ein schriftlicher Vertrag zwischen den Parteien nicht bestehe, und die nach §. 180. Thl. II. Tit. 5. des A. L. R. erforderliche Aufkündigungsfrist längst abgelaufen sei. Das Appellations-Gericht zu Marienwerder dagegen wies in seinem Erkenntnisse vom 4. April 1859 den Kläger mit seiner Exmissions-Klage zur Zeit ab, weil Kläger den Verklagten nur in den beiden, im §. 35. des Gesetzes vom 2. Juni 1852 vorgesehenen Fällen entlassen könne und keiner dieser Fälle für jetzt hier vorliege.

Auf die von dem Kläger gegen das Appellations-Urtel eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 3. October 1859 das angefochtene Erkenntniß vernichtet und die Sache zur weiteren Verhandlung und nochmaligen Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen.

G r ü n d e:

Implorant rügt, daß der vorige Richter den §. 14. der Einleitung und den §. 186. Thl. II. Tit. 5. des A.

L. R., sowie die §§. 117., 118. und 121. der Gesinde-Ordnung, durch Nichtanwendung, dagegen die §§. 31., 33. und 35. des Gesetzes vom 2. Juni 1852 durch unpassende Anwendung verletzt habe. Dieser §. 35. a. a. O. schreibe keinesweges vor, daß vereidete Privatförster nur in den dort hervorgehobenen beiden Fällen entlassen werden könnten, vielmehr solle der §. 35. neben der Gesinde-Ordnung hergehen. Ueberdies aber dürfe das Holzdiebstahls-Gesetz vom 2. Juni 1852 jedenfalls auf solche Fälle keine Anwendung finden, die bereits vor dessen Emanation contractlich begründet wären.

Diese Beschwerde erscheint der Hauptsache nach und soweit sie insbesondere eine zu enge Auffassung des mehrgedachten §. 35. rügt, begründet.

Die Angaben der zur Ermittelung der Holzdiebstähle gerichtlich vereideten Forstschutz-Beamten haben in Ansehung derjenigen Thatsachen, welche auf deren eigener dienstlicher Wahrnehmung beruhen, Beweiskraft bis zum Gegenbeweise. Dasselbe gilt von der durch einen solchen Forstschutz-Beamten vorgenommenen Abschätzung des Werthes des Entwendeten. §. 31.

Die mit dem Forstschutze beauftragten Personen dürfen zur Ermittelung der Holzdiebstähle nur vereidet werden:

1) wenn sie Königliche Beamte sind,
2) wenn sie von Gemeinden, oder anderen Waldeigenthümern auf Lebenszeit mittelst schriftlichen Contracts angestellt sind,
3) wenn sie zu den für den Forstdienst bestimmten Militairpersonen gehören.

In den Fällen zu 2. und 3. ist eine ausdrückliche Genehmigung der Bezirksregierung zu der Vereidigung erforderlich. Diese Vorschrift macht es nothwendig, daß die zu 2.

gedachten Anstellungs-Contracte den Regierungen vorher zur Einsicht und Prüfung vorgelegt werden, und eine solche Prüfung ist um so mehr erforderlich, als des Königs Majestät Sich schon durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 27. Juni 1845 damit einverstanden erklärt hatten, daß Förster, welche nach §. 28. des Gesetzes vom 7. Juni 1821 auf Lebenszeit angestellt sein müßten, um vollen Glauben zu verdienen, zu dem im §. 20. dieses Gesetzes vorgeschriebenen Eide nicht zugelassen werden dürften, wenn aus dem Dienstvertrage hervorgehe, daß die auf Lebenszeit lautende Anstellung, dem Wesen nach, nur als eine simulirte lebenslängliche Anstellung anzusehen sei. (Justiz-Ministerial-Blatt pro 1845 Seite 189.)

Mit Bezug auf die obigen Bestimmungen der §§. 31. und 32. schreibt nun der als verletzt bezeichnete §. 35. vor:

> Die Bezirksregierung ist befugt, die in Gemäßheit des §. 32. ertheilte Genehmigung zurückzuziehen. In diesem Falle erlischt die Wirkung der stattgehabten Vereidung für die Zukunft. Sie erlischt von Rechtswegen, wenn gegen den Forstschutz-Beamten eine Verurtheilung ergeht, welche die Amtsentsetzung eines Königlichen Beamten von Rechtswegen nach sich ziehen würde.
>
> In beiden Fällen ist die Dienstherrschaft befugt, den lebenslänglich angestellten Forstbeamten aus dem Dienste zu entlassen.

Schon der Wortlaut dieses Paragraphen steht der Deutung des Appellations-Richters entgegen; es heißt keinesweges: „nur in diesen beiden Fällen ist die Dienstherrschaft befugt, „den Forstbeamten zu entlassen“, und auch der übrige Inhalt des Gesetzes nöthigt nicht zu einer solchen beschränkenden Auslegung, oder deutet auch nur auf eine solche hin. Es lassen auch die legislativen Vorarbeiten zu dem

Gesetze vom 2. Juni 1852 nicht den mindesten Zweifel darüber, daß man bei der Redaction des §. 35. eine Bestimmung, wie sie der Appellations-Richter in dessen Schlußsatze findet, mit diesem letzteren durchaus nicht bezweckt hat. —

Die Regierungs-Vorlage zu dem gedachten Gesetze enthielt im §. 35. zwar dessen erste drei Sätze, noch nicht aber die Schlußworte:

> In beiden Fällen ist die Dienstherrschaft befugt, den lebenslänglich angestellten Forstbeamten aus dem Dienste zu entlassen.

Diese letzteren sind erst von der Commission der damaligen ersten Kammer vorgeschlagen, und in dem Berichte derselben vom 28. Januar 1852 ward der Zweck dieses Zusatzes dahin angegeben:

> um bei der Erlöschung der vollen Beweisfähigkeit (des Försters) den Privat-Waldeigenthümer gegen die Folge einer dennoch möglichen Fortdauer des Dienstvertrages, welcher ja nur in der Voraussetzung jener Beweisfähigkeit geschlossen worden sei, zu schützen.

Obwohl anerkannt wurde, daß ein solcher Zusatz, als rein civilrechtliche Norm, nicht eigentlich hierher gehöre, daß er auch in den allgemeinen Vorschriften des Civilrechts bereits hinlänglich vorgesehen sei, so hat die Commission denselben doch, zur Beseitigung möglicher Zweifel als zweckmäßig erachtet. (Drucksachen der ersten Kammer II. Legislatur: zweite Sitzungs-Periode 1852 Band II. Nr. 81. S. 12. 13.)

Auch bei der Discussion in der Plenar-Sitzung vom 4. Februar 1852 wurden gegen die Aufnahme eines so abstracten Satzes Bedenken erhoben; der Zusatz ist indessen ausdrücklich als „im Interesse der Privat-Waldeigenthümer

vorgeschlagen" bezeichnet, und, nachdem sich die Mehrheit der Mitglieder für denselben entschieden hatte, später in das Gesetz selbst übergegangen. (Stenographische Berichte. Erste Kammer 1852 I. Band S. 256. 257.)

Aus dieser Entstehungsgeschichte der mehrerwähnten Zusatzworte geht schon soviel hervor, daß ihnen kein so prägnanter, die vertragsmäßigen Rechte der Forsteigenthümer so wesentlich beeinträchtigender Sinn beizulegen ist, wie der Appellations-Richter meint. Dies bestätigt sich aber auch, wenn man sonst auf das rechtliche Verhältniß dieser Privatförster näher eingeht. Waldwärter und Forstaufseher, wie der Beklagte, sind, der Begriffsbestimmung des §. 177. Thl. II. Tit. 5. des A. L. R. gemäß, ihrer Herrschaft gegenüber, zu den Hausofficianten zu zählen, die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten derselben sind mithin zunächst nach dem schriftlichen Contracte, durch welchen sie angenommen worden, (§. 127. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R.) und soweit dieser keine ausreichenden Bestimmungen enthält, nach den für Hausofficianten gegebenen besonderen Vorschriften (§§. 178. bis 185. Thl. II. Tit. 5. A. L. R.) zu beurtheilen. In allen übrigen Stücken haben Hausofficianten mit dem gemeinen Gesinde gleiche Rechte und Pflichten, (§. 186. ebendas.) d. h. seit Emanation der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 sind insoweit die Rechte und Pflichten auch der Hausofficianten nach deren Vorschriften zu beurtheilen. (Plenarbeschluß vom 12. November 1838, Entscheidungen Bd. 4. S. 112.)

Diese Anwendung der Gesinde-Ordnung kann jedoch bei Privatforstbeamten, die wie der Beklagte, auf Lebenszeit angestellt, und nach Maaßgabe des §. 20. des älteren Holzdiebstahls-Gesetzes vom 7. Juni 1821 oder in Gemäßheit des §. 33. des neueren Gesetzes vom 2. Juni 1852

gerichtlich vereidet sind, nicht unbedingt und in allen Stücken erfolgen. Die Gesinde-Ordnung kennt keine Vermiethung auf Lebenszeit; ja sie verbietet sie sogar gradezu, indem sie die landrechtliche Bestimmung des §. 40. Thl. II. Tit. 5.:

> Wo die Dauer der Dienstzeit nicht durch besondere Gesetze bestimmt ist, hängt dieselbe von der Verabredung der Interessenten ab,

in dem entsprechenden §. 40. durch den Zusatz beschränkte:

> doch kann Niemand sich zu einer Dienstzeit verpflichten, die nicht entweder durch eine gewisse Anzahl von Jahren oder Monaten, Wochen, Tagen, ausgedrückt, oder doch so bestimmt ist, daß jedem Theile freisteht nach vorgängiger Kündigung von dem Vertrage abzugehen. Wo dies dennoch geschehen sein sollte, muß der Dienende nach vorgängiger einjähriger Aufkündigung jederzeit entlassen werden.

Im directen Gegensatze hiermit gestatten neuere Forst- und Jagdgesetze, insbesondere die gedachten Holzdiebstahls-Gesetze vom 7. Juni 1821 und vom 2. Juni 1852, sowie das Gesetz über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdbeamten vom 31. März 1837, (Gesetz-Sammlung p. 1837 S. 65.) nicht bloß die lebenslängliche Anstellung der Forstschutzbeamten im Privatdienste, sondern sie legen den Angaben der so angestellten und gerichtlich vereideten Privatförster auch eine höhere Glaubwürdigkeit bei und ertheilen den Letzteren unter gewissen Voraussetzungen die Befugniß, in ihrem Dienste zum Schutze der Forsten und Jagden gegen Holz- und Wilddiebe, gegen Forst- und Jagdcontravenienten von ihren Waffen Gebrauch zu machen.

Aus diesem offenbaren Gegensatze ergiebt sich wenigstens so viel zur Genüge, daß diejenigen Vorschriften der Gesinde-Ordnung, welche sich auf die willkührliche Kündi-

gungsbefugniß der Herrschaft beziehen, da ausgeschlossen bleiben müssen, wo der Waldwärter oder Förster auf Lebenszeit angestellt ist, also der beliebigen Kündigung des Privatwaldeigenthümers, seiner Dienstherrschaft, eben nicht hat Preis gegeben werden sollen.

Dadurch ist nun freilich das Rechtsverhältniß solcher auf Lebenszeit angestellten und gerichtlich vereidigten Privatforstbeamten ein eigenthümliches geworden. Während sie in Bezug auf die Glaubwürdigkeit ihrer Angaben, sowie hinsichtlich der Befugniß, von ihren Waffen Gebrauch zu machen, den Königlichen Beamten gleichgestellt sind, steht anderer Seits aber doch auch ein solcher auf Lebenszeit angestellter Privatförster zu seinem Dienstherrn in einem contractlichen Verhältnisse; er ist verpflichtet, seinen contractlichen und dienstlichen Obliegenheiten nachzukommen und es hängt eben von den besonderen Stipulationen seines speciellen Anstellungs- und Dienstvertrages ab, ob und in wie fern eine Vernachlässigung jener Obliegenheiten seiner Seits den Dienstherrn zur Aufhebung des Vertrags ermächtigt, d. h. das Recht giebt, auch selbst den auf Lebenszeit angestellten Forstbeamten seines Dienstes doch wieder zu entlassen. Eine ganz beliebige einseitige Aufhebung des Vertragsverhältnisses, etwa nach Maaßgabe des §. 408. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R., kann einem auf Lebenszeit angestellten und vereideten Privatförster gegenüber der Herrschaft also nicht eingeräumt werden, vielmehr wird, abgesehen von einer gütlichen Einigung beider Theile, im Falle des Streits immer erst der Richter zu entscheiden haben, ob die Bedingungen vorliegen, unter denen die Herrschaft contractlich oder gesetzlich befugt ist, den so angestellten Förster dennoch seines Dienstes zu entlassen. Dieser Beschränkung des Waldeigenthümers gegenüber kann die Eingangs

erwähnte Schlußbestimmung des §. 35. des Gesetzes vom 2. Juni 1852 offenbar nur den Sinn haben, in den beiden, in jenem Paragraphen vorgesehenen Fällen, nämlich:

1) wenn die Bezirksregierung ihre früher ertheilte Genehmigung zu der Vereidung des Privat-Forstbeamten zurückzieht, wodurch die Wirkung der stattgehabten Vereidung für die Zukunft erlischt,

und

2) wenn gegen denselben eine Verurtheilung ergeht, welche die Amtsentsetzung eines Königlichen Beamten von Rechtswegen nach sich ziehen würde,

der Dienstherrschaft schon ohne Weiteres, eben bloß deshalb, weil die zu 1. gedachte Genehmigung zurückgezogen, oder weil eine Verurtheilung zu 2. ergangen ist, die Befugniß beizulegen, den lebenslänglich angestellten Forstbeamten aus dem Dienste zu entlassen, gleichviel, ob diese Fälle in dem betreffenden Anstellungsvertrage besonders vorgesehen, und ob der Herrschaft eine solche Befugniß darin ausdrücklich eingeräumt ist, oder nicht. „Die überwiegende Mehrheit aller dieser Contracte wird" — so erklärte der Berichterstatter in der Plenarsitzung vom 4. Februar 1852 zur Rechtfertigung des vorgeschlagenen Zusatzes — „in der stillschweigenden Voraussetzung der dauernden Glaubwürdigkeit geschlossen; fällt diese fort, so fällt damit eine civilrechtliche Voraussetzung weg, die nach unseren bestehenden Gesetzen in der Regel zur Auflösung des Contracts berechtigt". (Stenographische Berichte a. a. O. Seite 256.)

Weit entfernt also, durch die oftgedachten hinzugefügten Schlußworte des §. 35. die contractlich sonst schon der Herrschaft zustehenden Befugnisse irgendwie alteriren oder beschränken zu wollen, soll der erwähnte Zusatz, welcher,

wie oben bemerkt, gerade „im Interesse der Privat-Waldeigenthümer" vorgeschlagen worden ist, es nur außer allen Zweifel setzen, daß in den beiden Fällen des §. 35. die Dienstherrschaft jedenfalls, und ganz abgesehen von den ihr etwa schon ohnehin zustehenden vertragsmäßigen Rechten, befugt sei, den lebenslänglich angestellten Forstbeamten aus dem Dienste zu entlassen.

Diesen wahren Sinn des §. 35. a. a. O. hat der Appellations-Richter verkannt, wenn er den Kläger lediglich um deshalb abweist, weil der Dienstherr einen auf Lebenszeit angestellten und vereideten Forstschutzbeamten nur in den beiden, im §. 35. bezeichneten Fällen einseitig seines Dienstes entlassen dürfe. Sein Erkenntniß verletzt, wie die Richtigkeits-Beschwerde mit Recht rügt, jenen §. 35. durch unpassende Anwendung, und muß daher, da es durch andere selbstständige Gründe nicht aufrecht erhalten wird, nach Maßgabe des §. 4. Nr. 1. und des §. 17. der Verordnung vom 14. December 1833 vernichtet werden.

Allerdings beruft sich der Appellations-Richter zur Rechtfertigung seiner Auslegung des §. 35. gerade auf ein diesseitiges Präjudicat vom 6. December 1856, in welchem es auch wirklich heißt:

> indem nach §. 35. des Gesetzes vom 2. Juni 1852 die Dienstherrschaft nur in zwei Fällen befugt ist, den lebenslänglich angestellten Forstbeamten aus dem Dienste zu entlassen,

und:

> Außer diesen beiden Fällen — (§. 35.) — kann mithin der Dienstherr einen auf Lebenszeit angestellten und vereidigten Förster nicht entlassen.

Diese Sätze dürfen jedoch nicht aus ihrem Zusammenhange gerissen und in so abstracter Allgemeinheit, wie der vorige

Richter es thut, aufgefaßt werden. Es handelte sich bei dem am 6. December 1856 abgeurtelten Rechtsstreite vornehmlich um den §. 101. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810, also um ein durchaus einseitiges Kündigungsrecht der Erben des Dienstherrn; eben deshalb schließen sich denn auch an die zuletzt extrahirte Stelle unmittelbar die ferneren Worte an:

> folglich auch nicht das Ende des Contracts durch eine einseitige Kündigung herbeiführen, ebensowenig können dies im Falle des Todes des Dienstherrn seine Erben thun;

und das aus jener Entscheidung entnommene Präjudiz Nr. 2675. ist dem entsprechend denn auch nur dahin formulirt:

> Die Vorschrift im §. 101. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810, nach welcher beim Tode des Familienhauptes die Erben nicht gehalten sind, die Dienstboten länger als bis zur nächsten Ziehzeit zu behalten, findet auf Privat-Förster, die durch schriftlichen Vertrag auf Lebenszeit angenommen und auf das Forststrafgesetz vereidigt sind, keine Anwendung. (Entscheidungen Band 34. Seite 260.)

Daß aber dies Präjudicat der obigen Ausführung keinesweges entgegensteht, vielmehr mit derselben durchaus übereinstimmt, ergiebt am unzweideutigsten die damals beschlossene (am angeführten Orte nicht weiter mitgetheilte) interlocutorische Entscheidung, der zu Folge zuvörderst noch Beweis darüber erhoben werden sollte: ob der Jäger G., wie die verklagten Erben behauptet hatten, seinen dienstlichen Obliegenheiten und Verpflichtungen nicht nur nicht nachgekommen sei, sondern dieselben auch auf eine gröbliche Weise verletzt habe?

Vermögen Verklagte — so heißt es dort sodann weiter

— diesen Nachweis zu führen, so sind sie auch berechtigt, den Kläger zu entlassen.

Für die nach der Vernichtung des Appellations-Urtels nothwendig werdende selbstständige Beurtheilung der Hauptsache ergiebt sich aus dem Obigen zunächst so viel, daß der von dem zweiten Richter aus dem §. 35. a. a. O. entnommene Präjudizial-Einwand zu der Abweisung des Klägers nicht hinreicht. Es kann daher auch ganz dahin gestellt bleiben: ob und in wie fern das neuere Gesetz vom 2. Juni 1852 nur auf die seit dessen Emanation eingetretenen Fälle Anwendung finde (§. 14. der Einl. zum A. L. R.), oder ob es vermöge des publicistischen Characters, der vielen seiner Bestimmungen beiwohnt, auch schon hier Platz greifen möchte?

Das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien und namentlich die Frage: ob der Kläger verlangen kann, daß der Verklagte die im s. g. Jägerhäuschen inne habende Dienstwohnung räume? ist nach dem zwischen dem Vorbesitzer von St., dem Stadtrathe A. und dem Verklagten abgeschossenen Vertrage vom $\frac{\text{2. December 1843}}{\text{1. October 1844}}$ zu beurtheilen.

Haben auch auf Lebenszeit angestellte Forstbeamte, welche auf die Glaubwürdigkeit ihrer Anzeigen nach §. 20. des Gesetzes vom 7. Juni 1821 vereidigt worden, an und für sich kein gesetzliches Recht zur Beibehaltung in ihrer Dienststellung gegen einen dritten Erwerber des betreffenden Guts (Plenar-Beschluß vom 3. Januar 1848 — Entscheid. Bd. 16. S. 3 ff.), so kömmt hier doch hinzu, daß der Kläger den Verklagten, welcher sich auf Grund jenes Contracts als Waldwart in St. befand, Jahre lang in diesem Verhältnisse belassen und in seinem Dienste behalten hat, daß der Gutsbesitzer F. sich in der Klage selbst den jetzigen Dienstherrn des Verklagten nennt, und daß gegenwärtig überhaupt kein Streit darüber mehr obwaltet, daß die Rechte

und Verbindlichkeiten aus jenem Anstellungsvertrage auf den Kläger mit übergegangen sind.

Wie bei dem am 6. December 1856 abgeurtelten früheren Falle, so wird es sich daher auch hier vornämlich darum handeln, ob der Verklagte seine contractlichen Dienstobliegenheiten in dem Grade vernachlässigt, oder ihnen dergestalt zuwider gehandelt hat, daß der Kläger um deshalb befugt erscheint, ihn seines Dienstes zu entlassen?

In dieser Beziehung ist das Sachverhältniß jedoch noch nicht genügend aufgeklärt, und es deshalb für angemessen befunden, die Sache zuvörderst in die Appellations-Instanz zur weiteren Verhandlung und abermaligen Entscheidung zurückzuverweisen.

№ 36.

Entschädigungs-Anspruch der Eisenbahngesellschaften an den Fiscus.

Ist der Fiscus eine Eisenbahngesellschaft dafür zu entschädigen verpflichtet, daß sie in Folge eines nach ihrer Concession ergangenen neuen Gesetzes Beiträge zur Communal-Einkommensteuer hat zahlen müssen?

Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen, vom 3. November 1838 (Ges.-S. S. 505.) §§. 38. und 49.

Städte-Ordnung für die Provinz Westphalen, vom 19. März 1856 (Ges.-S. S. 238.) §. 4.

Nachdem durch den §. 4. der Städte-Ordnung für die

Provinz Westphalen vom 19. März 1856 auch die juristischen Personen, welche in dem Stadtbezirke Grundeigenthum besitzen oder ein stehendes Gewerbe betreiben, für verpflichtet erklärt worden, an denjenigen Lasten Theil zu nehmen, welche auf den Grundbesitz oder das Gewerbe, oder auf das aus jenen Quellen fließende Einkommen gelegt sind, ist auch die Cöln-Mindener Eisenbahngesellschaft, wegen des Reinertrages der Stationen Herne-Bochum und Hamm, Seitens der Städte Bochum und Hamm mit einem Beitrage von 720 Thlr. und 921 Thlr. 3 Sgr. 6 Pf. zur Communal-Einkommensteuer herangezogen worden. Die gedachte Gesellschaft hat den Königlichen Fiscus wegen Erstattung dieser gezahlten Summen klagend in Anspruch genommen, weil derselbe nach §. 49. des Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. November 1838 eine unbedingte Entschädigungs-Verbindlichkeit für alle in Folge etwaiger künftiger Gesetze den Eisenbahngesellschaften erwachsenden Einbußen oder Mehrausgaben übernommen habe, die den Gemeinden ertheilte Befugniß, juristische Personen mit Personal-Steuern zu belegen, aber ein ganz neues, den Gemeinden bis dahin nicht zugestandenes Recht bilde und diese Steuer, welche selbstverständlich eine Vermehrung der Ausgaben für die Eisenbahngesellschaft herbeiführe, durch das gedachte Gesetz vom 3. November 1838 weder festgesetzt, noch darin, wie dies rücksichtlich der im §. 38. daselbst gedachten Abgabe ausdrücklich geschehen, vorbehalten worden sei.

Der verklagte Fiscus hielt jedoch den §. 49. a. a. O. auf die hier in Rede stehende Gemeinde-Abgabe für nicht anwendbar und sich daher zu der verlangten Erstattung für nicht verbunden.

Es ist auch die Klägerin durch die Erkenntnisse des

Kreisgerichts und des Appellations-Gerichts zu Arnsberg vom 26. November 1858 und 25. Juni 1859 in beiden Instanzen mit ihrer Klage abgewiesen und die hiergegen von ihr erhobene Nichtigkeits-Beschwerde vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 27. Januar 1860 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der Appellations-Richter wird von der Implorantin einer Verletzung der §§. 3. 38. und 49. des Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. November 1838, sowie des §. 4. der Städte-Ordnung für die Provinz Westphalen vom 19. März 1856 beschuldigt, weil er, in Uebereinstimmung mit dem Richter erster Instanz, den Anspruch der Klägerin: auf Erstattung der von ihr, zufolge des §. 4. jener Städte-Ordnung, entrichteten Communal-Einkommen-Steuerbeträge, Seitens des Königlichen Fiscus, für unbegründet erachtet und daher das abweisende Urtel erster Instanz bestätigt hat.

Diese Beschwerde kann jedoch für gerechtfertigt nicht gehalten werden.

Es kommt hier vor Allem auf eine richtige Auffassung des §. 49. des Gesetzes vom 3. November 1838 in seinem vollen Zusammenhange an. Derselbe lautet wörtlich:

> Wir behalten Uns vor, nach Maaßgabe der weiteren Erfahrung und der sich daraus ergebenden Bedürfnisse die im gegenwärtigen Gesetz gegebenen Bestimmungen, durch allgemeine Anordnungen oder durch künftig zu ertheilende Concessionen, zu ergänzen und abzuändern und nach Umständen denselben auch andere ganz neue Bestimmungen hinzuzufügen. Sollten Wir es für nothwendig erachten, auch den bereits concessionirten oder in Gemäßheit dieses Gesetzes zu concessionirenden Gesellschaf-

ten die Beobachtung dieser Ergänzungen, Abänderungen oder neuen Bestimmungen aufzulegen, so müssen sie sich denselben gleichfalls unterwerfen. Sollte jedoch durch neue, in diesem Gesetze weder festgesetzte noch vorbehaltene (§. 38.) und, sofern von künftig zu concessionirenden Gesellschaften die Frage ist, später als die ihnen ertheilte Concession erlassene Bestimmungen, eine Beschränkung ihrer Einnahme oder eine Vermehrung ihrer Ausgaben herbeigeführt werden, so ist ihnen eine angemessene Geldentschädigung dafür zu gewähren.

Wider die Regeln der Auslegung eines Gesetzes löset die Klägerin den letzten Satz, obwohl er doch durch die Worte: „Sollte jedoch" deutlich seinen genauen Zusammenhang mit den vorhergehenden Sätzen zu erkennen giebt, von diesen vorher getroffenen Anordnungen ab, und bildet daraus eine selbstständige gesetzliche Bestimmung, nach welcher der Staat den Eisenbahngesellschaften eine angemessene Geldentschädigung für die Beschränkung ihrer Einnahmen oder Vermehrung ihrer Ausgaben, welche durch irgend eine neue gesetzliche Bestimmung, ohne allen Unterschied ihres Gegenstandes und Zweckes, herbeigeführt werden möchte, zu gewähren hätte. Nach dieser Auslegung würde also der Staat die Eisenbahnen wegen jeder Einbuße oder Mehrausgabe zu entschädigen haben, welche denselben durch irgend eine allgemeine, mit dem Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen in gar keinem Zusammenhange stehende, gesetzliche Bestimmung möglicherweise erwachsen könnte z. B. durch ein neues Zollgesetz, Sportelgesetz u. s. w. Eine solche schrankenlose Garantie hat der Staat im §. 49. l. c. keinesweges übernommen, und vernünftigerweise nicht übernehmen können. Das Gesetz vom 3. November 1838 sollte nach seinem Eingange die Verhältnisse der Eisenbahngesellschaften

zum Staat und Publicum regeln und der unmittelbar vorhergehende §. 48. bezeichnet dessen Bestimmungen ebenfalls noch als solche über die Verhältnisse der Eisenbahngesellschaften zum Staat und zum Publicum. Wenn dann im folgenden, den Schluß des Gesetzes ausmachenden, §. 49. der Gesetzgeber sich vorbehält: die in dem gegenwärtigen Gesetze gegebenen Bestimmungen zu ergänzen und abzuändern und denselben auch andere ganz neue Bestimmungen hinzuzufügen, auf der anderen Seite aber, um diesen Vorbehalt der Ergänzungen, Abänderungen oder neuen zusätzlichen Bestimmungen zu dem Gesetze als unschädlich für die bereits concessionirten Gesellschaften darzustellen, als billiges Correctiv, die in jenem Schlußsatze enthaltene Zusicherung einer angemessenen Geldentschädigung ertheilt, so kann diese Entschädigungsverbindlichkeit sowohl nach der Fassung, als nach dem Zusammenhange und der Tendenz dieser Vorschrift, doch immer nur auf solche neue gesetzliche Bestimmungen bezogen werden, welche sich als Abänderungen, Ergänzungen oder Zusätze zu dem Gesetz vom 3. November 1838 über die Eisenbahn-Unternehmungen darstellen. Daß nun aber die Städte-Ordnung vom 19. März 1856 Titel 1., welcher von den Grundlagen der städtischen Verfassung und insbesondere im §. 4. von der Theilnahme an den städtischen Gemeindelasten handelt, jedenfalls nicht als eine abändernde, ergänzende oder zusätzliche Bestimmung zu dem Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 anzusehen sei, bedarf, wenn man auf die Natur und den Zweck dieses Communalgesetzes sieht, keiner weiteren Ausführung. Allerdings haben nach diesem §. 4. auch juristische Personen, welche in dem Stadtbezirke Grundeigenthum besitzen, oder ein stehendes Gewerbe betreiben, die Verpflichtung, an denjenigen Lasten Theil zu nehmen, welche auf den Grund-

besitz oder das Gewerbe, oder auf das aus jenen Quellen fließende Einkommen gelegt sind, und es ist unter den Parteien kein Streit darüber, daß hiernach die Klägerin auch zur Entrichtung der ihr, in ihrer Eigenschaft als juristischen Person, auferlegten Communal-Einkommensteuer verpflichtet sei, indem sonst die Klägerin eine Exemtion hiervon nur gegen die Gemeinden in Anspruch nehmen könnte und gerade, weil sie selbst eine solche Exemtion gesetzlich nicht in Anspruch nehmen zu können, anerkennt, im gegenwärtigen Proceß ihren vermeintlichen Regreßanspruch gegen den Fiscus verfolgt hat. Allein daraus, daß das Gemeinde-Gesetz die juristischen Personen und daher auch die unter diesen Gattungsbegriff eingeschlossenen Eisenbahngesellschaften, denen mittelst Bestätigung ihres Statuts nach §. 3. des Gesetzes vom 3. November 1838 die Rechte einer Corporation ertheilt worden sind, als Subjecte von Rechten und Pflichten, zur Theilnahme an den städtischen Gemeindelasten und somit auch zur Theilnahme an der allgemeinen Gemeinde-Einkommensteuer, wie jedes Mitglied der Gemeinde, verpflichtet, ist doch auf keine Weise ein Grund zu entnehmen, um dasselbe als ein ergänzendes, abänderndes oder zusätzliches neues Gesetz zu dem Gesetz vom 3. November 1838 aufzufassen, und eben deshalb, weil es die Natur eines *solchen* im §. 49. des letztgedachten Gesetzes lediglich und allein im Auge gehabten neuen, die Eisenbahn-Unternehmungen betreffenden, Gesetzes nicht hat, kann auch der Schlußsatz des §. 49. auf den die Klage gegründet ist, auf diese Bestimmung des Gemeindegesetzes keine Anwendung finden. Damit zerfällt dann der wahre und eigentliche Grund der Regreßklage; den auch der vorige Richter aus demselben Gesichtspunkte für unhaltbar erachtet, während er außerdem den §. 38. des Gesetzes vom 3. No-

vember 1838, als die Klage nicht stützend, dargestellt hat. Wenn dagegen die Implorantin den wesentlichen Entscheidungsgrund des vorigen Richters in dieser letzteren, vor-
angestellten Ausführung und in der Unterscheidung zwischen der Eisenbahngesellschaft, als solcher, und der Eisenbahngesellschaft, als juristischer Person, gefunden, und diese Unterscheidung in ausführlicher Rechtsdeduction angefochten hat, so kann es hierauf deshalb weiter gar nicht ankommen, weil der eigentliche Klagegrund, nämlich die Berufung der Klägerin auf den §. 49. l. c., oder die behauptete Anwendbarkeit dieses §. 49. l. c. auf die Anordnung im §. 4. der Städte-Ordnung, sich nach der obigen Interpretation des §. 49. l. c. als durchaus unhaltbar darstellt. Die Vorschriften dieses §. 49. sind keinesweges, wie Implorantin will, so generell, daß gar nicht zwischen den gesetzlichen Bestimmungen, durch welche eine Beschränkung der Einnahme oder eine Vermehrung der Ausgaben der Eisenbahngesellschaften herbeigeführt wird, zu unterscheiden wäre. Sie beziehen sich vielmehr nach dem Inhalt des §. 49., nur auf die vorbehaltenen Abänderungen, Ergänzungen oder neuen Zusätze zu dem Eisenbahngesetze, müssen also in einer Beziehung zu diesem Gesetze stehen und in diesem Sinne allerdings die Eisenbahn-Unternehmungen oder Eisenbahngesellschaften insbesondere oder dieselben als solche betreffen, was beim §. 4. der Städte-Ordnung nicht zutrifft. Der im §. 49. in Bezug genommene §. 38. ist für die gegenwärtige Entscheidung ohne Bedeutung, da er nur einen Vorbehalt der von den Eisenbahnen, wie sich aus §. 39. ergiebt, an den Staat zu entrichtenden und künftig zu regulirenden Abgabe, sowie die Befreiung derselben von der Entrichtung einer Gewerbesteuer, also auch einer Staatssteuer, enthält, mithin keinenfalls auf die Bei-

träge zu den Gemeindelasten bezogen werden kann. Wenn daher auch — was hier ganz dahin gestellt bleiben kann — die Garantie im §. 49. auf neue allgemeine, die Eisenbahngesellschaften mitbetreffende Abgaben an den Staat um deswillen für anwendbar erachtet werden könnte, weil man die dieselben anordnenden neuen Gesetze, gerade wegen des §. 38., als eine Abänderung oder Ergänzung des Eisenbahngesetzes oder als eine neue zusätzliche Bestimmung zu demselben betrachtete, so kann doch davon hier, wo es sich von dem Verhältniß der Eisenbahngesellschaft zu der Gemeinde, von der Aufbringung der Gemeindebedürfnisse, also von einem Gegenstande handelt, welcher dem Eisenbahngesetze völlig fremd ist, jedenfalls keine Rede sein. Ebenso bedeutungslos für die richterliche Beurtheilung des vorliegenden Regreßanspruchs ist die, von der Klägerin in Bezug genommene, von den betreffenden Ministerien, auf den Grund der Staatsverträge vom 8. November 1841 Art. 11. und vom 19. April 1844 Art. 15. der Berlin-Hamburger und Thüringischen Eisenbahngesellschaft erwirkte Befreiung von Communal-Abgaben, da, abgesehen von den hier nicht zu untersuchenden besonderen Gründen dieser Exemtion, es sich im gegenwärtigen Processe gar nicht um eine Exemtion von der auf Grund des §. 4. der Westphälischen Städte-Ordnung von der Klägerin erhobenen Communal-Einkommensteuer handelt, die Klage vielmehr gegen den Fiscus gerade darauf beruhet, daß er eine der Eisenbahngesellschaft g e s e t z l i c h auferlegte Abgabe erstatten soll, und diese Klage gegen den Fiscus also dann um so unstatthafter wäre, wenn der Klägerin, der Gemeinde gegenüber, eine Befreiung von dieser Communal-Abgabe rechtlich gebührte.

Die Nichtigkeits-Beschwerde mußte hiernach als unbegründet zurückgewiesen werden.

№ 37.

Verhaftung des Rheders aus den Handlungen des Schiffers.

Haftet der Rheder auch für die von dem Schiffer erst nach der Strandung des dem Letzteren anvertrauten Schiffes eingegangenen Verbindlichkeiten?
A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §. 1525.

Der Schiffs-Capitain B. nahm, nachdem das seiner Führung anvertraute Schiff des Kaufmanns H. L. P. zu Danzig, an der schwedischen Küste gestrandet und den Assecuradeurs überlassen war, von dem Consul R. zu H. in Schweden ein Darlehn auf, und der Letztere forderte in dem wider den P. als Rheder angestrengten Processe dessen Erstattung, indem er bemerkte, daß B. die Bezahlung der Heuer des Schiffsvolks als Zweck der Verwendung der erhaltenen Summe angegeben habe.

Der Verklagte bestritt dagegen den erhobenen Anspruch, weil B. ihn nach dem Untergange des Schiffs, wodurch zugleich die zuletzt damit gemachte Reise für beendigt zu erachten sei, nicht mehr habe verpflichten können. Er gab an, daß B. sich das geliehen erhaltene Geld ausdrücklich zur Berichtigung seiner Wohnungsmiethe, sowie zu seiner Rückreise und zur Bestreitung von Haverie-Kosten von dem Kläger erbeten habe, und der Letztere wurde, obwohl aus einem anderen, hier nicht weiter in Betracht kommenden Grunde, durch das Erkenntniß des Commerz- und Admiralitäts-Collegii zu Danzig vom 29. Juni 1858 zur Zeit abgewiesen. Das Appellations-Gericht zu Marienwerder sprach

dagegen, indem es jenen Grund verwarf, dem Kläger die geforderte Summe mittelst Erkenntnisses vom 26. Februar 1859 zu, und die hiergegen von dem Verklagten erhobene Richtigkeits-Beschwerde ist durch die Entscheidung des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 13. September 1859 verworfen worden.

Gründe.

Der vorige Richter erachtet den Verklagten als Rheder unter Bezugnahme auf den §. 1528., sowie auf die §§. 497 ff. 530 ff. und 541. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. zur Erstattung des Darlehns von 500 Thlrn., welches der Capitain B. am 12. December 1857 von dem Kläger in H. erhalten, nach Abzug der demselben bereits zurückgezahlten Summen von 131 Thlrn. 16 Sgr. und 11 Thlrn. Schwedisch Banco, für verbunden. Denn nach der eigenen Angabe des Verklagten habe B. dem Kläger gesagt, daß er der von demselben erbetenen Gelder zur Berichtigung seiner Wohnungsmiethe, sowie zu seiner Rückreise und zur Bestreitung sonstiger Haverie-Kosten bedürfe. Auch sei, wie Verklagter ferner angeführt, die Anwesenheit des B. (in H.) zur Regulirung der Strandungs- und Versicherungs-Angelegenheit erforderlich gewesen und die erwähnten Zwecke hätten die Geschäftsführung, welche dem B. als Führer des ihm anvertrauten Schiffes obgelegen, betroffen. Darauf aber, daß das Schiff am 9. December ejusd. a. bereits gestrandet gewesen, könne es nicht ankommen, weil die Procura des B. durch diese Strandung allein sich noch nicht für aufgehoben erachten lasse, vielmehr für denselben auch nachher noch die Verpflichtung fortbestanden habe, den Schaden des Verklagten auf jede Weise abzuwenden, sowie in dessen Vertretung allen Verbindlichkeiten, welche für ihn in Bezug

auf das gestrandete Schiff noch erfüllt werden mußten, nachzukommen.

Hierzu habe namentlich den Assecuradeurs gegenüber die Regulirung des erfolgten Abandonnements gehört und es lasse sich nicht annehmen, daß B. hierbei nur im Interesse der Versicherungs-Gesellschaft gehandelt.

Der Verklagte und Implorant erklärt hierdurch die §§. 530., 535., 541., 1445., 1456. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R., sowie den Rechtsgrundsatz:

daß mit dem Untergange und dem Abandonnement des Schiffes die Procura des Schiffers aufhöre,

für verletzt. Er legt ferner dem vorigen Richter eine unrichtige Anwendung des §. 1525. a. a. O. zur Last und er macht geltend, daß jene Procura nur die Führung des Schiffes, sowie die Aufsicht über dasselbe zum Gegenstande habe, folglich dessen Existenz nothwendig voraussetze und daß die in dem vorigen Urtel angegebenen Zwecke der Darlehnsaufnahme sich nicht als solche, welche das Schiff selbst betrafen, ansehen ließen.

Diese Rügen lassen sich jedoch nicht für durchgreifend erachten.

Nachdem in den §§. 1522—1524. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. bestimmt worden, daß der Schiffer, wofür nach §. 1445. l. c. ohne Rücksicht auf den ihm beigelegten besonderen Namen, derjenige zu erachten ist, dem die Rheder die Führung des ganzen Schiffes, sowie die Aufsicht darüber anvertraut haben, dasselbe ohne ausdrückliche Einwilligung der Letzteren oder ihres Bevollmächtigten nicht aus freier Hand verkaufen darf und daß er, wenn besondere Umstände den schleunigen Verkauf desselben nothwendig oder nützlich machen, diese Umstände dem Ortsgerichte anzeigen und eine Taxe durch Sachverständige aufnehmen lassen, sowie die

Veräußerung durch öffentliche Licitation veranstalten, in dem Falle aber, daß er dies unterlassen haben sollte, dem Rheder, sofern er nicht die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit des geschehenen Verkaufes vollständig nachzuweisen vermag, den Werth, den das Schiff zur Zeit der Abfahrt gehabt, vergüten muß, verordnet der §. 1525. l. c.

Durch andere, von dem Schiffer während der Reise wegen des ihm untergebenen Schiffes eingegangene Verbindlichkeiten, werden die Rheder eben so, wie ein Handlungs-Eigenthümer durch die Unternehmungen seines Factors oder Disponenten, verhaftet (§. 497 ff.)

und der §. 1526. fügt hinzu:

Gegen diese Verbindlichkeiten können die Rheder durch den Vorwand, daß der Schiffer die ihm ertheilte Vollmacht überschritten habe, sich nicht schützen, —

während der §. 1529. die Abtretung ihrer Schiffsparte, mit allen während der Reise davon gehabten Vortheilen, an die betreffenden Gläubiger, als das einzige Mittel bezeichnet, sich von den ihnen auf Grund der Handlungen des Schiffers zur Last fallenden Verpflichtungen zu befreien.

Auch wird hierin durch die im §. 1499 ff. über die Aufnahme von Geldern gegebenen besonderen Vorschriften nichts geändert. Denn wenn gleich die §§. 1502. und 1503. bestimmen, daß der Schiffer, der nach §§. 1499. 1500. 1501. an fremden Orten, wo sich kein Bevollmächtiger der Rheder befindet, zur Bestreitung der die Fortsetzung der Reise bedingenden unumgänglich nothwendigen Ausgaben, falls er die benöhtigten Gelder sich nicht etwa darlehnsweise unter billigen Bedingungen oder auf Bodmerei verschaffen kann, soviel als dazu erforderlich ist, von den geladenen Waaren oder von den entbehrlichen Schiffsgeräthschaften veräußern oder verpfänden darf, die ihn in Verlegenheit setzenden

Umstände dem Seegerichte des Orts, wo er vor Anker liegt, anzeigen und dieselben, nebst dem Steuermann und zwei Schiffsleuten eidlich erhärten, sowie darüber ein Instrument errichten lassen, im Falle der Vernachlässigung dieser Anweisung aber die von den Rhedern oder Befrachtern etwa zu bestreitende Nothwendigkeit des Darlehns oder der Veräußerung, ohne darüber zum Erfüllungseide verstattet werden zu dürfen, vollständig darthun muß; so betrifft dies doch lediglich sein Rechtsverhältniß zu den Befrachtern und zu den Rhedern, und es läßt sich namentlich die Berechtigung der Darlehnsgeber, die Erstattung der geliehenen Summen auf Grund der §§. 1525. 1526. von den Rhedern zu verlangen, um so weniger durch die Beobachtung des erwähnten im §. 1502. vorgeschriebenen Verfahrens für bedingt erachten, als nirgends gesagt ist, daß der Darlehnsgeber dabei zugezogen oder ihm das aufgenommene Instrument mitgetheilt oder vorgelegt werden müsse. Auch kann die gemeinrechtliche Controverse, ob die Rheder für die von dem Schiffer eingegangenen Verbindlichkeiten zugleich persönlich oder nur mit dem Schiffe verhaftet sind (Meno Pöhls, Handelsrecht Bd. 3. Thl. I. §. 384., Kaltenborn, Europäisches Seerecht, Bd. 1. Abschn. 4. Cap. 2. §. 6.) da die §§. 1525. 1526. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. keine solche Unterscheidung gestatten, hier nicht weiter in Betracht kommen.

Der §. 541. l. c. wonach während der Dauer der Procura diejenigen, welche mit dem Factor oder Disponenten Geschäfte getrieben, die Wahl haben, ob sie sich an den Letzteren oder an den Principal halten wollen, steht dem Kläger keinenfalls entgegen und der §. 530. wonach der Principal, wenn er den dem Disponenten ertheilten Auftrag widerrufen will, die Procura zurücknehmen und dies be-

kannt machen muß, ist von dem Imploranten, weil hier von einem dergleichen Widerrufe überhaupt nichts erhellt, ganz unpassend herangezogen. Auch kann der §. 535., wonach es bei einer auf eine gewisse bestimmte Zeit ertheilten Procura, wenn diese Zeit abgelaufen ist, in Ansehung Derjenigen, denen diese Einschränkung bekannt gemacht worden, oder die erweislich auf andere Art davon Kenntniß erlangt haben, keines ausdrücklichen Widerrufs bedarf, nicht für entscheidend erachtet werden, weil daraus nicht zu entnehmen ist, wie lange die Procura des Schiffers dauert, der allerdings unzweifelhaft die Rheder nur so lange, als sein Vertrags-Verhältniß mit demselben besteht, durch seine Handlungen zu verpflichten geeignet erscheint. Welchen Einfluß hierauf insbesondere das Stranden, oder das Scheitern des Schiffes und die Ueberlassung desselben an die Versicherer (Abandon) hat, ist in dem Allg. Landrecht nicht ausdrücklich bestimmt, vielmehr besagen die §§. 1576. folg. bloß, daß das Schiffsvolk, wozu der Schiffer oder Capitain seiner Seits nicht gehört, wenn das Schiff von Feinden oder Räubern genommen wird, oder durch Zufall verloren geht, sich außer der freien Rückreise, je nachdem es monatweise, oder in Pausch und Bogen gedungen worden, mit der Heuer des laufenden Monats oder mit einem nach Verhältniß der wirklich gemachten Reise zu bestimmenden Theile des im Ganzen vereinbarten Lohnes begnügen muß, daß es aber, sofern das Schiff oder ein Theil der Ladung wieder freigegeben, oder von dem verunglückten Schiffe oder der Ladung geborgen worden, nicht nur auf Kosten der Rheder frei nach dem Retourplatze zurückgeschafft werden, sondern daß es auch aus den geborgenen Gegenständen, soweit dieselben nach Abzug des Bergegeldes dazu hinreichen, die vollständige Heuer ausgezahlt erhalten soll, und es kann bei der

Natur seines Verhältnisses zu den Schiffern, sowie resp. zu den Rhedern in der That keinem Bedenken unterliegen, daß dies Verhältniß bis auf die obigen Ansprüche durch das Scheitern oder Stranden des Schiffes, sowie durch dessen Ueberlassung an die Versicherer völlig aufgelöst wird, obwohl die Mannschaft bei der etwaigen Bergung noch hülfreiche Hand leisten muß (Kaltenborn Bd. 1. Abschn. 4. §. 77., Bd. 2. Abschn. 7. §. 148.).

Der Schiffer aber ist dem Schiffsvolke nicht gleichzustellen. Nach §. 1449. l. c. soll sein Verhältniß zu den Rhedern im Allgemeinen nach den Vorschriften von Verträgen über Handlungen beurtheilt und es soll nach §. 1450. zur Verhütung alles Streites mit ihm wegen der Heuer und anderer Conditionen ein schriftlicher Vertrag errichtet werden, in dessen Ermangelung aber sollen nach §. 1453. die Bestimmungen des §. 156 ff. Tit. 5. über die Folgen der Abschließung eines mündlichen Vertrages, wo es eines schriftlichen Contracts bedurft hätte, Anwendung finden und es ist nun zwar weder ein von dem B. mit dem Verklagten schriftlich geschlossener Vertrag überreicht, noch ist der Inhalt der zwischen denselben in Bezug auf das Schiff getroffenen Vereinbarung angegeben. Doch muß gerade, weil das Gegentheil solchergestalt nicht festgestellt und weil zugleich nicht dargethan ist, daß Kläger von einer etwaigen, der Procura des B. in dieser Hinsicht beigefügten Beschränkung Kenntniß erhalten habe, angenommen werden, daß das Vertrags-Verhältniß zwischen dem B. und dem Verklagten auch nach erfolgter Strandung noch fortbestand, und daß der Erstere den Letzteren selbst durch spätere Handlungen überhaupt noch verpflichten konnte.

Nach §. 2327. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. hängt es namentlich von dem Versicherer ab, was für Mühe und

Kosten er zur Rettung oder Freimachung der versicherten Sache verwenden will. Der Versicherte aber muß ihm nach §. 2327. l. c. dabei, soweit es ohne seine Kosten und ohne besondere Mühe oder Beschwerde geschehen kann, behülflich sein und die dem Schiffer ertheilte Procura ist bei der Abwesenheit des versicherten Rheders, in sofern nicht deshalb eine besondere Festsetzung getroffen, oder von demselben zu jenem Zwecke ein anderer Bevollmächtigter bestellt worden, ohne Zweifel auch hierauf zu beziehen. Der Versicherte muß ferner nach §§. 2164. 2165., wenn der Gegenstand der Versicherung verunglückt ist, nicht nur den Versicherer binnen der im §. 2137. bestimmten Frist davon benachrichtigen, sondern auch inzwischen alle zur Abwendung oder Verminderung des Schadens erforderlichen Vorkehrungen treffen, und der versicherte Rheder ist hierbei unter den obigen Voraussetzungen ebenfalls durch den Schiffer, welchem auch nach gemeinem Seerecht die Anordnung des ganzen Bergungs-Actes, sowie die Aufsicht darüber gebührt und obliegt, (Kaltenborn, Bd. 2. Abschn. 7., Bd. 3. §. 148.) für vertreten zu erachten. Außerdem aber geht aus den §§. 1534 ff., sowie aus dem §. 1619. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. hervor, daß der Schiffer, wenn das ihm anvertraute Schiff durch Zufall verunglückt ist, auf Kosten der Rheder für die Rücksendung des Schiffsvolks, sowie für dessen Befriedigung wegen der ihm gebührenden Heuer sorgen muß, und es läßt sich nicht bezweifeln, daß alle in diesen Beziehungen von ihm vorgenommene Handlungen und Zahlungen auf Grund des mit dem Rheder geschlossenen Vertrages geschehen, während er zugleich kraft desselben jedenfalls ebenso wie das Schiffsvolk freie Rückreise verlangen kann. Die Gelder, die er zu vorstehenden Zwecken aufnimmt, sind offenbar wegen des ihm anver-

trauten Schiffes, oder weil ihm die Führung desselben übertragen war, für aufgenommen zu erachten, und eben dies gilt auch von den Vorschüssen, die er zur Bestreitung etwaiger Havarie-Kosten hat aufnehmen müssen.

Wenn aber im §. 1525. l. c. von Verbindlichkeiten, welche von dem Schiffer während der Reise eingegangen worden, die Rede ist, so sind hierunter überhaupt alle solche Verpflichtungen, die er auf dem Wege nach dem Bestimmungsorte oder auf der Rückreise wegen des Schiffes, oder weil er zum Führer desselben bestellt war, übernommen, zu verstehen, und es läßt sich jener Ausdruck keinesweges in dem beschränkten Sinne, den der Implorant ihm beigelegt wissen will, auffassen.

Der vorige Richter hat mithin, da er unwiderlegt feststellt, daß Verklagter selbst die Anwesenheit des B. in H. zur Regulirung der Strandungs- und Versicherungs-Angelegenheit für nothwendig erklärt hat, und da seiner Darstellung zufolge der Verklagte selbst geltend gemacht, daß die qu. Gelder von dem B. seiner Angabe nach zur Bezahlung für Wohnungsmiethe, sowie zum Zwecke seiner Rückreise und zur Bestreitung von Havarie-Kosten aufgenommen worden, durch die Verurtheilung des Verklagten zur Erstattung der dem Kläger zugesprochenen Summe wider die als verletzt bezeichneten Vorschriften nicht verstoßen, während sich zugleich die Richtigkeit des Rechtsgrundsatzes, gegen welchen ferner gefehlt sein soll, nicht anerkennen läßt, und es mußte deshalb die erhobene Richtigkeits-Beschwerde verworfen werden.

№ 38.

Eichsfeld. Bau von Küsterhäusern.

Ist im Fürstenthume Eichsfeld der Patron, als solcher, verpflichtet, zu dem Bau oder zur Unterhaltung von Küsterhäusern Beiträge zu leisten?

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §. 710., Tit. 12. §. 37.
Churmainzische Kirchen-Ordnungen von 1605 und 1669.
Charta visitatoria für das Eichsfeld vom Jahre 1767.

In dem im Fürstenthume Eichsfelde belegenen, der Familie v. H. gehörigen Filialdorfe St. ist der Bau eines neuen Schulhauses, welches zugleich Küsterhaus ist, nothwendig geworden. Mittelst Resoluts vom 21. August 1856 ordnete die Königliche Regierung zu Erfurt an, daß die Familie v. H., als Patronin, zu den Kosten des gedachten Baues, und zwar in dem Verhältnisse der Unterhaltung der Küsterwohnung zum Schulbau, zwei Drittel und die Gemeinde zu St. ein Drittel beizutragen verbunden. Auf die Beschwerde des Seniors der Familie v. H. über dieses Resolut bestätigte das Königliche Ministerium der geistlichen Angelegenheiten dasselbe unterm 2. Januar 1857 mit der Maaßgabe, daß die Familie v. H., als Kirchenpatronin, verbunden, zu demjenigen in separato festzustellenden Theile der Kosten des Neubaues des katholischen Schul- und Küsterhauses zu St., welcher gesetzlich den kirchlichen Interessenten zur Last falle, zwei Drittel beizutragen, und den Eingepfarrten ein Drittel dieser Kosten aufzuerlegen.

Die Familie v. H. behauptet, unter Berufung auf

die im Eichsfelde bestehenden provinziellen Normen, und auf das mit demselben übereinstimmende Herkommen, daß die Patrone nicht verpflichtet seien, zu den Kosten kirchlicher Gebäude Beiträge zu leisten, daß vielmehr diese Kosten von den Gemeinden, unter Beiwirkung des Kirchenvermögens, zu bestreiten seien. Sie ist daher gegen die katholische Kirchengemeinde zu St. mit dem Antrage klagbar geworden, dahin zu erkennen:

1) daß sie, als Patronin, nicht verbunden, zu dem fr. Bau irgend einen Beitrag zu leisten, insbesondere nicht die von der Königlichen Regierung zu Erfurt ausgeworfene Summe,
2) daß vielmehr die Verklagte schuldig, ihr alle diejenigen Beträge, zu deren Einzahlung sie auf administrativem Wege und auf Grund des von der Regierung angeordneten, vom Ministerium der geistlichen Angelegenheiten unterm 2. Januar 1857 definitiv festgestellten Interimisticums etwa genöthigt werden sollte, nebst fünf Procent Zinsen, vom Zahlungstage angerechnet, wieder zu erstatten.

Die verklagte Kirchengemeinde bestritt zuvörderst die Activ- und Passivlegitimation. Aber auch in der Sache selbst bestritt sie die Behauptungen der Klägerin, und insbesondere, daß die von der Klägerin in Bezug genommenen Provinzialgesetze, nämlich die für das Eichsfeld im Jahre 1605 erlassene Kirchen-Ordnung und die von der weltlichen Regierung unterm 7. November 1767 und 15. Mai 1801 publicirte charta visitatoria, je von verbindlicher Kraft gewesen seien. Widerklagend wurde sie mit dem Antrage gegen die Klägerin klagbar, dieselbe zu verurtheilen: zwei Drittel derjenigen Baukosten zu tragen resp. beizusteuern,

welche nach dem Gutachten von Sachverständigen auf den Bau des Schulhauses als Küsterwohnung repartirt würden.

Das Kreisgericht zu Heiligenstadt verwarf den Einwand der mangelnden Legitimation, nahm an, daß die Kirchen-Ordnung von 1605 und die charta visilatoria im vorliegenden Falle die zur Anwendung kommenden Gesetze seien, und daß nach diesen die Patrone nicht verpflichtet seien, irgend Beiträge zu dem Bau von Küsterhäusern zu leisten, diese Verpflichtung vielmehr den Pfarrgenossen obliege, und es erkannte demgemäß in der Convention nach den Anträgen der Klägerin, während es mit der Widerklage die Verklagte abwies.

In Folge der von der Verklagten gegen den ganzen Inhalt der Entscheidung eingelegten Appellation erkannte das Appellations-Gericht zu Halberstadt unterm 1. December 1858, unter Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz: daß in der Convention die Klägerin mit ihren Anträgen abzuweisen, und dieselbe auf die Widerklage nach dem Antrage der Verklagten zu verurtheilen.

Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin noch die Revision ergriffen und beantragt, daß sowohl hinsichts der Klage, als der Widerklage das Urtel erster Instanz wieder hergestellt werde.

Auf diese Wiederherstellung, unter Abänderung des Appellations-Urtels, hat auch der erste Senat des Ober-Tribunals unterm 3. October 1859 erkannt.

Gründe.

Den beiden Vorderrichtern ist zunächst darin beizutreten, daß der von der verklagten katholischen Kirchengemeinde erhobene Präjudicial-Einwand der mangelnden Activ- und Passivlegitimation nicht begründet ist. Denn wenn es auch richtig sein sollte, wie die Verklagte behauptet, daß bisher

zwischen ihr und der Klägerin wegen des in Rede stehenden Baues noch keine Verhandlungen geschwebt hätten, und daß sie der Klägerin gegenüber vor Anstellung der jetzigen Klage die Tragung der Kosten zu dem fr. Baue noch nicht verweigert habe, so hat sie doch jedenfalls jetzt nach angestellter Klage in Abrede gestellt, daß der Klägerin der von derselben gegen sie erhobene rechtliche Anspruch zustehe, und erscheint daher jedenfalls jetzt die Klägerin activ zur Verfolgung ihres Anspruches berechtigt.

Den Einwand der fehlenden Passivlegitimation stützt die Verklagte lediglich darauf, daß es sich zugleich um den Bau des Schulhauses handele, und daß deshalb zugleich die Schulgemeinde hätte mit in Anspruch genommen werden sollen. Es handelt sich aber im vorliegenden Processe nicht um die Kosten eines gleichfalls für nöthig erachteten Schulerweiterungsbaues, sondern um die Kosten eines neu zu erbauenden oder neu erbauten Schul- und Küsterhauses, in welchem der Schullehrer, welcher zugleich Küster ist, wohnen soll, oder resp. schon jetzt wohnt, und um diese Kosten, wie dies durch das Rescript des K. Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten vom 2. Januar 1857 ausgesprochen ist, nur in sofern, als diese Kosten gesetzlich den kirchlichen Interessenten zur Last fallen. Weitere Kosten zu tragen, als einen Theil derjenigen Kosten, welche den kirchlichen Interessenten zur Last fallen, ist der Klägerin Seitens des gedachten K. Ministerii nicht zugemuthet, und über andere Kosten will die Klägerin auch im vorliegenden Processe nicht erkannt haben. Klägerin hatte daher auch keinerlei Verpflichtung, ihre Klage gegen andere als kirchliche Interessenten zu richten. Insbesondere war sie nicht verpflichtet, ihre Klage mit gegen die Schulgemeinde zu St. anzustellen.

Was die Sache selbst betrifft, so ordnet der §. 37.

Tit. 12. Thl. II. des A. L. R. an, daß, wo, wie im vorliegenden Falle, das Schulhaus zugleich die Küsterwohnung ist, in der Regel die Unterhaltung desselben auf eben die Art besorgt werden solle, wie bei Pfarrbauten vorgeschrieben ist; bei Pfarrbauten ist aber die Frage, woher die Kosten in Ermangelung eines eigenen dazu bestimmten Fonds zu entnehmen, nach den vorhandenen Provinzialgesetzen, laut §. 788. Tit. 11. a. a. O., zu bestimmen. Wo darüber keine besondere gesetzliche Bestimmung vorhanden ist, da müssen nach §. 789. a. a. O. diese Kosten, gleich den Bau- und Reparatur-Kosten der Kirche selbst, aus dem Kirchenvermögen genommen, bei dessen Unzulänglichkeit aber, von dem Patrone und den Eingepfarrten getragen werden. Wegen Aufbringung und Vertheilung der Beiträge finden laut §. 790. a. a. O. eben die Grundsätze, wie bei Kirchengebäuden, statt. Der Geldbeitrag zu Kirchenbauten wird nach §§. 731. 712. und 710. a. a. O., in sofern nicht durch Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse, ununterbrochene Gewohnheiten oder besondere Provinzialgesetze gewisse Regeln bestimmt sind, zunächst aus dem Kirchenvermögen entnommen und in dessen Ermangelung bei Landkirchen zwischen dem Patron und der Kirchengemeinde in der Art vertheilt, daß der Patron zwei Drittel, die Eingepfarrten aber ein Drittel entrichten.

Auf Grund dieser Vorschriften hat der Appellations-Richter die Klägerin mit ihrem Klageantrage abgewiesen und auf die Widerklage dieselbe verurtheilt, zwei Drittel derjenigen Baukosten zu tragen, resp. beizusteuern, welche nach dem Gutachten von Sachverständigen auf den Bau des fr. Schulhauses als Küsterwohnung repartirt werden.

Ueber diese Entscheidung beschwert sich die Klägerin mit Recht.

Das Dorf St., in welchem der fr. Bau vorgenommen ist, oder vorgenommen werden soll, ist im Eichsfelde belegen. Laut §. 3. des Reichsdeputationsabschlusses vom 25. Februar 1803 ist das Eichsfeld, als eine ehemals churmainzische Besitzung, an die Krone Preußen gelangt. In dem Patente wegen Einführung des Allg. Landrechts für die Preußischen Staaten in das Erbfürstenthum Eichsfeld vom 24. März 1803 (Rabe's Sammlung, Band VII. S. 333.) ist bestimmt, daß das Allg. Landrecht an die Stelle des in dem Eichsfeld bis dahin geltend gewesenen gemeinen Rechts treten, und daß vom 1. Juni 1804 an auf dieses gemeine Recht nicht mehr zurückgegangen, sondern nur nach den Vorschriften des Allg. Landrechts erkannt werden solle. Die bis dahin im Eichsfeld für gültig anerkannten Gesetze und Constitutionen über einzelne Rechtsmaterien, imgleichen die wohlhergebrachten Gewohnheiten sollten jedoch nach §. 2. jenes Patentes noch ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit behalten, dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten zuerst nach denselben, und nur in deren Ermangelung nach den Vorschriften des Allg. Landrechts beurtheilt und entschieden werden sollten. Damit jedoch die zum Wohle der Unterthanen nützliche Verbesserung der Gesetze vollständig erreicht werde, wurde, in eben jenem §. 2. des Patents, der damaligen Regierung zu Heiligenstadt befohlen, daß sie mit den Deputirten der Stände ohne Zeitverlust sich zusammenthun, die vorhandenen besonderen Gesetze und Gewohnheitsrechte nach dem Plane des Allg. Landrechts ordnen, sie genau durchsehen, die Abweichungen von den Vorschriften des Allg. Landrechts gehörig anmerken und alsdann gemeinschaftlich erwägen sollten, welche von diesen Abweichungen ferner beizubehalten und in das Provinzialrecht aufzunehmen seien.

Noch ehe diesem Befehle genügt war, verbreitete, und zwar vom 1. Januar 1808 ab, das französische Gesetzbuch seine Herrschaft auch über das jetzt einen Theil des damaligen Königreichs Westphalen bildende Eichsfeld. Weder dies Gesetzbuch, noch sonst die damalige Königlich Westphälische Regierung äußerten jedoch irgend einen Einfluß auf die hier streitige Frage des Kirchenrechts. In diesem bildeten die aus der Zeit der churmainzischen Verfassung des Eichsfeldes sich herschreibenden Rechtsnormen noch immer die Hauptentscheidungsquelle. (Hartmann's Provinzialrecht des Fürstenthums Eichsfeld Seite 372. und 373., und Einleitung Seite V.)

Hierin ward auch nichts geändert, als in Folge der Wiedervereinigung des Eichsfeldes mit der Krone Preußen das Allg. Landrecht von Neuem in das Eichsfeld eingeführt wurde. Das desfallsige Patent vom 9. September 1814 (Gesetz-Sammlung pro 1814 Seite 89.) bestimmte im §. 2., daß die in einzelnen Provinzen und Orten bestandenen besonderen Rechte und Gewohnheiten, in sofern sie durch die unter den vorigen Regierungen eingeführten Gesetze aufgehoben und abgeschafft worden, auch fernerhin nicht mehr zur Anwendung kommen und daß an deren Stelle die Bestimmungen des Allg. Landrechts treten sollten, daß es dagegen bei denjenigen Provinzialgesetzen und Gewohnheiten, welche deshalb, weil sich über den Gegenstand derselben in den bisherigen Gesetzen keine Vorschriften finden, als fortbestehend beibehalten worden, auch künftig noch sein Bewenden habe, wie denn auch die aufgehobenen Provinzialrechte wieder volle Wirksamkeit in allen den Fällen erhalten sollten, in welchen das Allg. Landrecht über den Gegenstand derselben keine Bestimmungen enthielte.

Was aber die aus der Zeit der churmainzischen Verfassung des Eichsfeldes sich herschreibenden Rechtsnormen über die Beitragspflicht der Patrone und resp. der Gemeinden zu den Bauten der Kirche, Pfarre, Küsterei und Schule betrifft, so verordnete die Kirchen-Ordnung für das Eichsfeld vom Jahre 1605:

> Wir wollen auch, damit daß Kirchen und Kirchhöfe, Pfarr- und Küsterhäuser vermöge des 4. Artikels der hohen Gerichtsordnung, da dieselben gar verwüstet und in Abgang gerathen, von den Gemeinheiten wieder auf's neue erbaut oder gebessert, darnach fortan von Pfarrern und Kirchenvormündern, soviel sich daran das Pfarr- und Kirchenvermögen nach Ermäßigung des Commissarii erstrecken will, in baulichen Wesen und Nothwendigkeit erhalten werden.

Nach §. 4. Cap. 20. der mainzischen Kirchen-Ordnung von 1669, welche nach den Verfügungen vom 16. April 1670 und 18. März 1687 im Eichsfelde Gesetzeskraft erhalten hat, sollen im Bauwesen Seitens der Kirchenvorsteher keine übermäßigen Kosten, wodurch das Gotteshaus mehr zum Abgange, als zur Aufnahme gerathe, aufgewendet werden. Auch wird sowohl in dieser Kirchen-Ordnung, als in der charta visitatoria pro Eichsfeldia von 1668 im tit. circa bona temporalia nur von den Pfarrern und Kirchenvorstehern, als denjenigen, geredet, welchen die Aufsicht über das Kirchenvermögen und dessen Verwaltung obliegt.

Der §. 15. der charta visitatoria von 1767 ordnet an:

> Da verschiedene Kirchen, Pfarr- und Schulhäuser theils Reparation, theils Erweiterung, theils neue Erbauung bedürfen, so thun Wir alle und jede, denen die Erhaltung sowohl, als neue Herstellung dieser Gebäulichkeiten zukommt, ihrer Schuldigkeit hiermit ernstlich erinnern,

befehlen auch den Gemeinheiten unseres Landes Eichsfeld, als welchen diese Schuldigkeit hauptsächlich obliegt, ganz nachdrücklich, hierzu baldigst Hand anzulegen.

Der §. 16. eben dieser charta visitatoria bestimmt:

und da, soviel die Pfarrhäuser insbesondere betrifft, die Observanz in Unserem Lande Eichsfeld schier allgemein ist, daß die Pfarrgenossen überhaupt ihren Seelsorgern ihre Wohnungen zu erbauen und zu erhalten schuldig seind, so wollen Wir dem eingeführten allgemeinen Gebrauche nach gnädigst, daß die Filialisten, denen hierin den dritten Theil zu tragen zukommt, mit ihrer Schuldigkeit nicht zurückbleiben, und die Bereitwilligkeit deren Pfarrgenossen der Mutterkirche ferner nicht behindern.

Hartmann a. a. O. Seite 377., 401., 424. und 437.) Diese von dem damaligen Erzbischofe von Mainz erlassene Charta visitatoria ist von der weltlichen Regierung unter'm 7. November 1767 und 9. November 1769 publicirt, und ihre Befolgung, namentlich wegen der dem Verfügungsrechte der weltlichen Regierung unterworfenen Gegenstände, allgemein angeordnet (Revidirter Entwurf Seite 244. und 251.). Sie galt als ein für das Eichsfeld erlassenes Gesetz (Seite 235. a. a. O.).

Nachdem längere Zeit nach der Wiedervereinigung des Eichsfeldes mit der Krone Preußen die Revision der Provinzialrechte wieder aufgenommen wurde, erhielt Seitens des Königlichen Justiz-Ministerii das damalige Königliche Oberlandesgericht zu Halberstadt und insonderheit der damalige Oberlandesgerichts- und spätere Geheime Ober-Tribunals-Rath Hartmann den Auftrag, die Materialien des Provinzialrechts des Fürstenthums Eichsfeld zu sammeln.

In den Motiven zu dem im Druck erschienenen Ent-

wurfe dieses Provinzialrechts, welcher zuvor von dem genannten Oberlandesgerichte geprüft und berathen worden war, wird unter Anderem bemerkt, (Seite 426. und 434.), daß bis zum Jahre 1808 die Patrone an keinem Orte des Eichsfeldes zu den Kirchen- und Pfarrbauten irgend einen Beitrag geleistet hätten, und daß vielmehr die desfallsigen Kosten überall aus dem Kirchenvermögen oder von den Gemeinden getragen wären. Diesemgemäß sei denn auch im Jahre 1803 die Gemeinde Werleshausen, welche sich über die von Hansteins bei der damaligen Finanz- und Polizei-Commission wegen der ihr zum Neubau einer Kirche zugemutheten Dienste beschwert habe, mit ihrer Beschwerde zurückgewiesen. Auch sei in den Jurisdictionalbüchern der Aemter der Verpflichtung der Gemeinden zum Bau und zur Instandhaltung der Pfarren beinah überall mit den Worten gedacht: „das Pfarrhaus muß die Gemeinde in Bau und Besserung erhalten."

Nach allem Diesen ist in den Hartmannschen Entwurf, und zwar unter §§. 303. 346. 347. 350. 355. und 389. desselben die Bestimmung mit Recht aufgenommen, daß im Eichsfelde die Patrone nicht die Verpflichtung haben, in Ermangelung eines hinlänglichen Kirchenvermögens zu dem Bau der Kirchen, Pfarren und Schulen beizutragen, daß diese Verpflichtung vielmehr den Gemeinden obliegt.

Der Hartmannsche Entwurf ist demnächst in Gemäßheit der desfallsigen Königlichen Bestimmungen von dem Commissarius des Königlichen Justiz-Ministeriums, und den ständischen Deputirten, sowie von dem Deputirten der Königlichen Regierung zu Erfurt, und unter Mitwirkung einiger, wegen näherer Kenntniß der Rechtsverhältnisse des

Fürstenthums Eichsfeld noch besonders zugezogenen Männer geprüft und berathen worden.

Bei den desfallsigen Conferenzen monirte nur die Königliche Regierung zu Erfurt, wie aus dem Umstande, daß die Kirchenvorsteher ohne Mitwirkung des Patrons gewählt würden und daß dieselben das Kirchenvermögen verwalteten, noch nicht folge, daß der Patron im Falle des Unvermögens der Kirche zu deren Erhaltung nichts beitragen müßte und über die Verwaltung des Vermögens keine Aufsicht führen dürfe, sowie daß die fraglichen Mainzischen Verordnungen nur für die katholischen Gemeinden und nicht auch für die evangelischen erlassen seien.

Diese letztere Erinnerung ist auf den vorliegenden Fall ohne jeden Einfluß, da es sich hier gerade um die Verpflichtung einer katholischen Gemeinde handelt. Auf den Umstand allein, daß die Kirchenvorsteher gedachtermaaßen gewählt werden und daß dieselben das Kirchenvermögen verwalten, ist aber nach dem oben Vorgetragenen die Freiheit des Patrons von der Last der fr. Bauten gar nicht gestützt. Auch haben bei jenen Conferenzen einige Votanten versichert, daß auch in den evangelischen Gemeinden die Patrone nie aus eigenen Mitteln zur Erhaltung der Kirchen beigetragen hätten. Ein Anderer versicherte, daß nach seiner eigenen, während seiner Dienstzeit gemachten, Erfahrung der Patron zum Bau und zur Unterhaltung katholischer Kirchen und Pfarrgebäude nicht concurrire, die desfallsigen Kosten vielmehr von der Gemeinde oder Kirche getragen würden, auch noch vor Kurzem die Regierung selbst es abgelehnt habe, zu den Kosten des Neubaues der Kirchen zu Weißenborn und Lüderode, über welche der Landesherr das Patronat führe, beizutragen, und es an sonsti-

gen Nachrichten fehle, um eine derartige Verbindlichkeit des Patrons zu begründen.

Endlich wurde von Mehreren versichert, daß bei allen ihnen bekannt gewordenen Kirchen- und Pfarr-Bauten die Kosten ausschließlich von den Gemeinden oder Kirchen bestritten worden seien (Seite 248. und 266. des revidirten Entwurfs des Provinzialrechts des Fürstenthums Eichsfeld).

Auch in den auf Grund dieser Conferenzen Seitens des Justiz-Ministeriums abgefaßten revidirten Entwurf ist demnächst, und zwar unter §§. 272 — 276. 279. und 291. desselben, die Bestimmung aufgenommen, daß der Patron in der Regel zur Leistung eines Beitrages zu den Kosten des Baues und der Unterhaltung der Kirchengebäude nicht verpflichtet sei, daß diese Kosten vielmehr aus dem Kirchenvermögen zu nehmen, oder von der Gemeinde zu tragen seien, und daß dieser Letzteren auch die Unterhaltung der Pfarr- und Schulgebäude obliege. Das Wort: „in der Regel" wurde nur hinzugesetzt, weil die Meinung geäußert war, daß vielleicht ausnahmsweise in der einen oder anderen Gemeinde ein Anderes hergebracht sei. (Revidirter Entwurf Seite 266. bis 271.) Seitens der Verklagten ist es aber im vorliegenden Falle nicht einmal behauptet, daß die klagende Patronin bisher die Kosten zu Kirchen-, Pfarr- und Schulbauten bestritten habe. Das Herkommen steht daher der Verklagten unter keinen Umständen zur Seite.

Die oben gedachten provinzialrechtlichen Bestimmungen können aber auch nicht für einen Ausfluß des gemeinen canonischen Rechts erachtet werden, da nach diesem, wie in den Entscheidungen vom 15. Juni 1846 und 10. Mai 1852 näher ausgeführt ist, (Band 13. Seite 97. Band 23. Seite 201.) jedenfalls diejenigen Patrone, qui fructus

aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt, solche kirchliche Einkünfte zum Kirchenbau herzugeben verpflichtet waren und da erst in deren Ermangelung die Verpflichtung der Parochianen eintrat. Die Ausführung des Appellations-Richters aber, daß unter dem Ausdrucke „Gemeinheiten" auch die Patrone mitbegriffen seien, da sie in der Regel in der Gemeinde wohnten, zu den Eingepfarrten gehörten und deshalb Mitglieder der Gemeinde seien, ist völlig unhaltbar, da der Ausdruck „Gemeinheiten" gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „Gemeinden" ist, wie dies auch in dem Hartmannschen und in dem revidirten Entwurfe angenommen ist, und da, wie dies die Revidentin richtig bemerkt, wenn von der Kirchengemeinde schlechthin die Rede ist, der Patron als solcher, darunter nicht mitbegriffen ist, und vollends darunter nicht mitbegriffen sein kann, wenn er, wie hier, einer anderen Confession angehört uud außerhalb des Orts, um dessen Bau es sich handelt, wohnt. Das damalige Oberlandesgericht zu Halberstadt selbst hat diesemgemäß auch in dem Erkenntnisse vom 30. November 1841 in Sachen der dort benannten Glieder der Familie von Hanstein, als Patron der evangelischen Kirche und Schule zu Freiterode wider die evangelische Gemeinde zu Freiterode unter Bezugnahme auf die oben gedachten gesetzlichen Bestimmungen ausgeführt, daß im Eichsfelde die Verpflichtung, Kirchen zu bauen und zu bessern, dem Kirchenvermögen und den Gemeinden obliege, das Patronat aber hiervon für befreit zu erachten sei.

Die oben erwähnten provinzialrechtlichen Vorschriften stimmen mit der Verordnung des §. 37. Tit. 12. Thl. II. des A. L. R. nicht überein; sie sind daher auch nach §. 6. des Gesetzes, betreffend den Bau und die Unterhaltung

der Schul- und Küsterhäuser vom 21. Juli 1846 (Ges.-S. pro 1846 S. 393.) nicht für aufgehoben anzusehen.

Die Berufung der Verklagten auf §. 7. des Publications-Patents zum Allg. Landrechte vom 5. Februar 1794 ist schon um deshalb wirkungslos, weil in das Eichsfeld, wie oben erwähnt, das Allg. Landrecht nicht durch dieses Patent, sondern erst durch das Patent vom 24. März 1803 eingeführt worden ist, und weil in dieses letztgedachte Patent die Bestimmung des §. 7. jenes Patents vom 5. Februar 1794 nicht aufgenommen, vielmehr, wie gleichfalls oben erwähnt, im §. 2. bestimmt ist, daß die bisher im Eichsfelde für gültig anerkannten Gesetze und Constitutionen über einzelne Rechtsmaterien, imgleichen die wohlhergebrachten Gewohnheiten, noch ferner ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit behalten sollen, dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten zuerst nach denselben beurtheilt werden sollen.

Hiernach war unter Abänderung des Appellations-Urtels das erste Urtel wieder herzustellen.

№ 39.

Posen. Zehntpflicht der evangelischen, ehemals „Dissidenten“ genannten Grundbesitzer.

Zur Auslegung des §. 7. im Art. II. der ersten Separatacte des Warschauer Staats-Vertrages vom 24. Februar 1768.

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §. 865.

S. den gedachten Vertrag bei Martens, Recueil des traités etc. Band I. S. 414. und

das Präjudiz 2679. (Entscheidungen Bd. 35. S. 149.)

Durch das Präjudiz 2679. ist der Grundsatz angenommen worden, daß im Großherzogthum Posen zur Begründung des Anspruchs auf den kirchlichen Zehnten, oder das Meßkorn, gegen einen Grundbesitzer des evangelischen Glaubens, die Berufung auf die, nach §. 865. Tit. 11. Thl. II. A. L. R. aus der Lage eines Grundstücks in einer sonst zehntpflichtigen Feldmark abzuleitende Vermuthung nicht genüge, vielmehr nach dem Warschauer Tractate vom Jahre 1768 der Beweis des Rechtes gegen dieses specielle Grundstück geführt werden müsse.

Dieser Grundsatz wurde in dem Processe der katholischen Kirche zu Chakziesen gegen den Freischulzenguts-Besitzer K. zu R. wieder in Zweifel gezogen, aus einem Grunde, welcher in den bisherigen Streitigkeiten über diesen Gegenstand nicht geltend gemacht worden, und es hat aus diesem Grunde das Kreisgericht zu Schneidemühl unter dem 2. December 1856 die klagende Kirche abgewiesen und dieselbe auf die Widerklage des Verklagten für nicht berechtigt erachtet, von dem Freischulzengute, so lange dasselbe sich in den Händen evangelischer Besitzer befinde, Meßkorn zu fordern. Vom Civil-Senate des Appellations-Gerichts zu Bromberg ist dagegen, durch Erkenntniß vom 12. Juli 1858, der Verklagte zur Entrichtung der (nur) eingeklagten Rückstände der Abgabe verurtheilt und mit seiner Widerklage abgewiesen worden.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat auf die vom Verklagten und Widerkläger eingelegte Revision, am 23. September 1859, das Appellations-Urtel bestätigt.

G r ü n d e:

Der Einwand des Revidenten, daß er nach dem Warschauer Tractate vom Jahre 1768 von Entrichtung des Meßkorns aus dem Grunde allein schon frei sei, weil er

der evangelischen Kirche angehöre, kann — obgleich der Richter erster Instanz diesen Einwand für durchgreifend erklärt hat, — nicht gebilligt werden. Derselbe beruhet auf einer Auffassung jenes Vertrages, die in dieser Gestalt noch nicht geltend gemacht worden ist, und die dahin geht, daß der Tractat unter den sogenannten „Dissidenten" in Polen nur die Protestanten und unirten Griechen verstanden, und er diese beiden Glaubens-Parteien von allen Abgaben an die katholische Geistlichkeit, ohne Ausnahme, befreiet, und nur den nicht unirten Griechen die Pflicht der Entrichtung von Zehnten und Meßkorn an jene Geistlichkeit nicht abgenommen habe.

Das erste Erkenntniß glaubt diese Auffassung lediglich aus dem Wortlaute jener Stelle des Tractates rechtfertigen zu können, und Verklagter sucht dies noch durch die Behauptung zu rechtfertigen, daß überhaupt die sogenannten Dissidenten in Polen weniger ungünstig angesehen und behandelt worden seien, als die nicht unirten Griechen, weil die Reformation in den ersten Zeiten große Ausbreitung in Polen gefunden habe, und wenn sie gleich im siebzehnten Jahrhunderte wieder zurückgedrängt und die Protestanten vielen Bedrückungen ausgesetzt gewesen seien, dieselben doch den Katholiken nicht so schroff entgegen gestanden hätten, als die nicht unirten Griechen.

Der Vertrag von 1768 und die demselben vorangegangenen in Martens Recueil des traités, Vol. I. abgedruckten diplomatischen Verhandlungen ergeben nun aber deutlich, daß man unter dem Namen: Dissidenten vorzugsweise zwar die Protestanten verstanden, aber auch, daß man diesen die nicht unirten Griechen ganz gleich hat behandeln wollen, daß Beide von Zehnten und Meßkorn nicht unbedingt befreiet worden sind, und daß dagegen

von den unirten Griechen dort gar nicht die Rede gewesen ist, also die aus diesen Voraussetzungen abgeleiteten Folgerungen des Revidenten sich als irrig erweisen.

Es sind bei Martens die schon im Jahre 1764 beginnenden Anträge der Regierungen von Preußen, Rußland, England, Schweden und Dänemark mitgetheilt, welche alle dahin gerichtet waren, die Ungerechtigkeit, mit welcher in Polen die nicht zur katholischen Kirche gehörenden Einwohner behandelt wurden, aufhören zu lassen, und in allen diesen Erklärungen werden stets Dissidenten und Griechen neben einander genannt. So in der ersten Russischen Erklärung vom 17. September 1764, wo von den Einwohnern Polens, „welche der Religion der Kaiserin angehören", also von den nicht unirten Griechen, und dann von denjenigen, „die unter dem Namen der Dissidenten bekannt sind", gesprochen wird (Martens Band 1. S. 341); nicht minder in einer Preußischen Erklärung aus dem Jahre 1766, in der zu wiederholten Malen von „Dissidenten und Griechen" geredet ist, und schon bestimmte Vorschläge über die, diesen beiden Glaubens-Parteien wieder einzuräumenden — weil ungerechter Weise entzogenen — Rechte gemacht sind. Unter diesen Vorschlägen findet sich auch der, daß die Dissidenten und Griechen befreiet sein sollen von allen Abgaben an die katholische Pfarrgeistlichkeit für gottesdienstliche Handlungen. Diese Vorschläge sind weiter ausgeführt und in sieben Artikeln specificirt, in einer anderweitigen russischen Note aus dem Jahre 1766, in der überall, in dem französischen Texte, die sujets Grecs voranstehen und die Dissidents unmittelbar nachfolgen, ein Paar Mal auch von Grecs et autres Dissidents gesprochen wird, so daß man wohl siehet, daß der letztere Ausdruck zuweilen auch in seiner allgemeinen sprachlichen Bedeutung sich

geltend gemacht hat. Eine Erklärung der Englischen Regierung vom 4. November 1766 nennt allerdings Protestanten die unter dem Namen Dissidenten bekannten Einwohner Polens, und in einem Manifeste der „Dissidenten in Groß- und Klein-Polen" vom Jahre 1767, nennen sich diese selbst „Dissidenten der beiden evangelischen Confessionen" (Seite 359.). Aber in dem darauf folgenden Warschauer Vertrage zwischen Rußland und Polen vom 13/24. Februar 1768 ward förmlich festgesetzt, daß man sich des Namens Ketzer gegen die anders Glaubenden enthalten, sie vielmehr nur orientalische Griechen, oder Nichtunirte, Dissidenten, resp. Evangelische nennen solle, und in den weiteren Artikeln dieses Vertrages werden nun stets Dissidenten und nichtunirte Griechen neben einander genannt; insbesondere besagt Artikel 8., daß der katholische Clerus weder von den Dissidenten, noch von den nicht unirten Griechen eine Gebühr unter dem Titel von Stolgebühren, oder sonst irgend eine erheben sollte.

Zu diesem Vertrage ist dann die Separat-Acte vom nämlichen Tage ergangen, welche die Ueberschrift führt: Actus separatus primus, quo immunitates et praerogativae Graecorum non unitorum et Dissidentium, civium et incolarum in ditionibus serenissimae republicae Poloniae... continentur, und in welchem ausführlicher, als in dem eigentlichen Hauptvertrage, über diese Gegenstände gehandelt worden ist. Hier findet sich beispielsweise im Eingange des Artikel II. wieder die Bezeichnung: Graeci orientales non uniti ac Dissidentes utriusque confessionis Evangelicae, und ebendaselbst wird §. 2. wieder eingeschärft, daß man diese Personen nicht anders als so, und nicht Ketzer, Schismatiker noch Disunirte nennen solle. Jene

Bezeichnungen „Dissidenten" und „nicht unirte Griechen" wiederholen sich dann in diesem weitläufigen Acte zu vielen Malen. So ist denn auch in dem §. 7. dieses II. Artikels, der die hier entscheidende Bestimmung enthält, die Befreiung der Dissidenten und nicht unirten Griechen von Abgaben an die katholische Geistlichkeit näher ausgeführt, als in jenem Artikel 8. des Haupttractates, und wenn man nach diesem geschichtlichen Hergange erwägt, daß von Anbeginn es beabsichtigt und ausgesprochen worden ist, die von der katholischen Kirche dissentirenden Christen in allen rechtlichen Beziehungen auf gleichen Fuß zu setzen mit den katholischen Einwohnern, so kann nicht der geringste Zweifel darüber obwalten, daß auch die Festsetzungen des §. 7. Artikel II. die eigentlich sogenannten Dissidenten nicht anders und nicht günstiger behandelt wissen wollen, als die nicht unirten Griechen, für welche ja namentlich der russische Hof als Hauptcontrahent auftrat. Die Wortfassung des §. 7. nöthigt auch keinesweges zu einer Unterscheidung Beider. Der §. 7. lautet:

Cum in plerisque locis abusus quidem irrepserit, quo Clerus Romanus Catholicus citra omne jus, certam a Dissidentibus contributionem sub titulo jurium Stolae exigit, licet hi proprios suos sacerdotes sustentare teneantur, proinde Dissidentes utriusque confessionis a solutione dictorum jurium Stolae ex nunc liberi pronunciantur. Clero Romano Catholico nullo quoquam praetextu licitum erit, ullas a Dissidentibus, tam nobilibus, quam civibus ac plebejis dationes exigendi. Mos etiam pluribus locis introductus, strenarum colligendarum causa lucri gratia adeundi domus Dissidentium, et abusus, Dissidentes cogendi, ut schedulas seu scriptas licentias a parochis Romanis Catholicis impetrent, qui-

bus ritus ecclesiasticos et officia religionis suae exercere possint, in perpetuum tolluntur et annihilantur. Quae omnia de Graecis etiam non unitis intelligenda sunt, salvis tamen decimis et missalibus, ubi eadem ipsis hucusque jure, nec non ex ratione compositionum super iisdem legaliter factarum competierunt.

Es werden hier also nur bestimmt bezeichnete Lasten den Dissidenten abgenommen, nämlich die von der katholischen Geistlichkeit geforderten Stolgebühren, wobei hinzugefügt ist, daß dem katholischen Geistlichen unter keinerlei Vorwand gestattet sein solle, von den Dissidenten irgend eine Gabe zu fordern. Dieses letzten scheinbar ganz allgemeinen Verbots ungeachtet, werden dann doch noch besonders alle Sammlungen von Neujahrsgeschenken in den Häusern der Dissidenten (im französischen Texte heißt es: des étrennes) und die Ausstellung von Erlaubnißscheinen zur Ausübung kirchlicher Handlungen der Dissidenten, die auch nur gegen Zahlung von Gebühren erfolgte, untersagt. Alle diese Festsetzungen sollten dann auch für die nicht unirten Griechen gelten. Da aber sonach die Erhebung speciell benannter Abgaben von Dissidenten und Griechen untersagt wurde, so könnte es zweifelhaft erscheinen, ob die Entrichtung von Zehnten und Meßkorn schon mit unter dem Verbote, irgend welche Gaben (dationes, im französischen Texte dons.) von den Dissidenten zu fordern, begriffen sei, da Zehnten und Meßkorn, wo sie gegeben werden, mehr als eine Reallast sich darstellen, denn als eine allein auf dem Parochialverbande beruhende persönliche Abgabe, von welcher Art doch jene speciell verbotenen sind; der Zweifel mag beim Abschlusse des Vertrages auch entstanden sein, und man hat ihn beseitigt, doch zu diesem Zwecke es für genügend erachtet, durch die wenigen Schlußworte des §. 7. daran zu erin-

nern, daß eine Befreiung von Zehnten und Meßkorn nicht beabsichtigt sei, diese vielmehr vorbehalten blieben, wo dieselben bis dahin mit Recht gefordert worden. In dieser Beziehung aber nun, und zwar in dieser allein, einen Unterschied zwischen nicht unirten Griechen und den Dissidenten zu machen, während ein solcher in keinem anderen Punkte aufgestellt worden ist, das rechtfertiget auch die Wortfassung nicht, da, wenn alles vorher festgesetzte von den griechischen Christen gelten sollte (nach den Worten: quae omnia de Graecis etiam non unitis intelligenda sunt) diese Gleichstellung dann auch darin sich bewähren mußte, daß man jene nicht ungünstiger in Hinsicht auf Zehnten und Meßkorn behandelte, wie die Dissidenten. Offenbar hätte, nach der vorangeschickten vollständigen Parität der Dissidenten und Griechischen Christen, in dem Schlußsatze besonders ausgedrückt werden müssen, daß nur die nicht unirten Griechen und nicht auch die Dissidenten Zehnten und Meßkorn zu entrichten verpflichtet seien, wenn dies beabsichtigt worden wäre. Daß an eine solche verschiedene Behandlung der Griechen und der Dissidenten in diesem Punkte nicht gedacht worden ist, dafür läßt sich noch aus einer späteren Stelle dieses Tractates ein Grund entnehmen, nämlich aus der im §. 13 u. ff. des Artikels 2. erfolgten Bestellung eines besonderen Gerichtshofes für solche Streitigkeiten, welche mit kirchlichen Dingen Zusammenhang haben. Diesem Gerichtshof, zusammengesetzt aus Glaubensgenossen der katholischen, evangelischen und der nicht unirten Griechischen Kirche, in bestimmter Zahl, sind gewisse, ausdrücklich benannte Gegenstände zugewiesen worden, und darunter in Nr. 6. des §. 3. namentlich die controversiae ratione juris patronatus, inclusis etiam Decimis (Martens, S. 424.).

Sollten die Dissidenten, oder evangelischen Christen, ohnehin frei sein vom Zehnten, so wäre es hier wohl eben so nöthig gewesen zu sagen, daß nur von Zehntstreitigkeiten der nicht unirten Griechen die Rede sei, wie oben im §. 7. unter derselben Voraussetzung hätte ausgedrückt werden müssen, daß nur diese Griechen Zehnten und Meßkorn weiter zu entrichten verpflichtet seien. Und es würden dann auch keine evangelischen Mitglieder jenes Gerichtshofes bestellt worden sein.

Revident will die behauptete Unterscheidung zwischen Dissidenten und nicht unirten Griechen noch durch die Behauptung rechtfertigen, daß die Ersteren, wie der mehrgedachte §. 7. selbst es ausdrücke, ihre eigenen Geistlichen zu unterhalten gehabt hätten, daß aber die nicht unirten Griechen keine geschlossene Religionspartei gebildet, keine eigenen kirchlichen Institutionen und keine Priester gehabt, sich vielmehr der katholischen kirchlichen Einrichtungen für ihre religiösen Handlungen bedient hätten. Diese ganze Anführung ist aber unrichtig, da gerade die nicht unirten Griechen völlig getrennt von der katholischen Kirche, nicht nur der Verfassung nach, sondern auch in Glaubensartikeln theilweise, sind, eine Gemeinschaft Beider also am allerwenigsten stattfinden konnte, und es denselben auch in Polen an einer kirchlichen Organisation keinesweges gefehlt hat. In dieser Beziehung braucht kaum daran erinnert zu werden, daß die griechische Kirche, die in den an Rußland grenzenden polnischen Landestheilen sich ausgebreitet hatte, dort viel älter ist als die Reformation, noch bedarf es zur Widerlegung der aufgestellten Behauptung der Berufung auf geschichtliche Werke. Denn es beweiset gleich der nächste §. 8. des Tractates die Unrichtigkeit jener Meinung, da dort der Bischof von Mohilew, als Bischof von

Weißrußland, für den Diözesan aller in seinem Sprengel befindlichen nicht unirten Griechen anerkannt, ihm dieselbe Jurisdiction, wie den katholischen Bischöfen in ihren Sprengeln, auch die Erhaltung aller vorhandenen Kirchen und Klöster der nicht unirten Griechen zugesichert ist, und ferner die gleiche Zusicherung hinsichts der von dem Griechischen Erzbischof von Kiew, der unter Russischer Herrschaft lebte, in Polen und Litthauen ausgeübten Jurisdiction ausgesprochen worden ist. Es kann keine vollständigere Widerlegung jener Behauptung des Revidenten geben, und es mag zum Schlusse dieser Erörterung nur die oben schon gemachte Bemerkung wiederholt werden, daß in allen vorerwähnten diplomatischen Verhandlungen lediglich von den nicht unirten Griechen, und nicht von den unirten die Rede ist und auch nur sein konnte, weil die Letzteren gar nicht als dissentirend von der katholischen Kirche, mit der sie sich ja unter dem Primate des Papstes vereinigt haben, gedacht wurden.

Der Warschauer Tractat von 1768 befreiet also den Revidenten nicht ohne Weiteres. Dagegen ist es richtig, daß dieser Tractat ihm, als einem evangelischen Christen, soweit zur Seite steht, daß der katholische Pfarrer sein Recht zur Forderung der Meßkorns vom Gute des Revidenten besonders nachzuweisen schuldig ist. Das Ober-Tribunal hat in dem Präjudiz 2679. den Grundsatz angenommen, daß jener Tractat der katholischen Geistlichkeit Zehnten und Meßkorn nur unter Voraussetzung eines besonders nachzuweisenden Rechtes auf diese Hebungen, gegen einen Dissidenten, vorbehalten hat, und daß daher die Berufung auf die, gemäß §. 865. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. aus der Lage eines Grundstücks in einer sonst zehntpflichtigen Feldmark abzuleitende Vermuthung, zu diesem Beweise nicht genügt.

Es kommt also darauf an, den erbrachten Beweis zu prüfen.

Die hierauf gerichtete Ausführung, nach welcher der Beweis zu Gunsten der Kirche für gelungen erachtet worden ist, gehört nicht hieher.

№ 40.

Ablösung eines Pfarr-Natural-Frucht-Zehnten.

Genügt es zur Anwendung des §. 32. des Gesetzes vom 2. März 1850 auf die Ablösung des Natural-Frucht-Zehnten einer Pfarre, wenn bloß der Pfarrer in den betreffenden zehn Jahren, statt des Zehnten, eine Abgabe in Geld oder in Getreide ohne Widerspruch angenommen hat?

Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten u. s. w. (Ges.-S. S. 77.), §§. 32. und 33.

Der Pfarre zu E. steht auf der gutsherrlichen und bäuerlichen Feldmark daselbst ein Natural-Frucht-Zehnt zu, dessen Ablösung die Interessenten schon im Jahre 1847 bei der General-Commission zu Berlin beantragt haben. Unbestritten hat innerhalb der letzten zehn Jahre vor Anbringung der Provocation, also in den Jahren von 1837 bis 1846 die Erhebung eines Natural-Frucht-Zehnten nicht mehr stattgefunden, sondern es ist statt desselben vom Besitzer des Ritterguts eine Geldentschädigung von 67 Thlr. 6 Sgr. und von den bäuerlichen Grundbesitzern eine Geldentschädigung von 4 Thlr. 10 Sgr. für die Hufe all-

jährlich an den Nutznießer der Pfarre entrichtet und von diesem ohne Widerspruch angenommen worden. Diese Geldentschädigung gründete sich während der Amtswirksamkeit des Predigers H. als Pfarrer zu C. in den Jahren 1828 bis 1845 auf einen zwischen ihm und den Zehntpflichtigen am 17. Mai 1827 abgeschlossenen gerichtlichen Vergleich und wurde auch nach dieser Zeit während des Gnadenjahres 1846 von der Tochter des verstorbenen Predigers H. und demnächst von 1847 bis 1853 von den späteren Nutznießern der Pfarre ohne Widerspruch angenommen.

Gestützt auf §. 32. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 haben daher die Verpflichteten verlangt, daß die vom Pfarrer jährlich in Empfang genommenen Geldbeträge als Jahreswerth des Zehntrechts angenommen werden. Dem haben die Vertreter der Pfarre widersprochen und nur den §. 33. nicht aber den §. 32. a. a. O. für anwendbar erachtet, weil

1) die Annahme der Geldvergütigung nur von dem Pfarrer als Nießbraucher des Pfarrvermögens ohne Vorwissen der geistlichen Oberen geschehen sei, der Pfarrer als solcher den Rechten der Pfarre durch seine Handlungen nichts vergeben und deshalb gegen ihn nach §. 92. Tit. 21. Thl. I. A. L. R. nicht einmal eine Verjährung begonnen werden könne, und weil mithin der Pfarrer im Sinne des §. 32. nicht für den „Berechtigten" erachtet werden könne; weil ferner
2) die Natural-Zehnten den wesentlichsten Theil der Pfarrdotationen bildeten, deren Werthfeststellung das Gesetz unmöglich von den einseitigen Handlungen und von dem einseitigen Ermessen der Nießbraucher habe abhängig machen können und wollen, da die Pfarrer der Regel nach außer Stande wären, mit Sachkenntniß

diesen Werth zu bemessen, vielmehr durch Billigkeits-Rücksichten und zur Vermeidung von Zerwürfnissen mit den Zehntpflichtigen veranlaßt würden, sich zur Annahme von Geldvergütigungen zu verstehen, die dem Werthe der Zehnten nicht entsprächen, auch die hierüber geschlossenen Abkommen meistens aus älteren Zeiten stammten und nur aus Friedensliebe und zur Erhaltung eines freundlichen Verhältnisses mit den Zehntpflichtigen aufrecht erhalten seien;

3) nur für die Anwendbarkeit der §§. 8. und 29. des Gesetzes vom 2. März 1850 die bloße Thatsache des widerspruchslosen Gebens und Annehmens einer Geldvergütigung entscheidend sei; der §. 32. aber außerdem die Annahme der Geldvergütigung von dem wirklichen Berechtigten fordere;

4) durch die Anwendbarkeit des §. 32. eine Ungleichheit bei der Ablösung der Zehnten benachbarter Gemeinden in Folge des Umstandes, daß die eine Geldvergütigung gezahlt, die andere nicht, bewirkt werden würde;

5) weil endlich im vorliegenden Falle die Geldvergütigung auf einem gesetzwidrigen Vertrage beruhe, indem der Prediger H. nach der Verhandlung vom 17. Mai 1827 nur unter der Bedingung vom zehntpflichtigen Patrone und den zehntpflichtigen Gemeindemitgliedern zum Pfarrer in C. berufen sei, daß er sich für seine Lebenszeit mit der festgesetzten Geldvergütigung, statt des Natural-Zehnten begnügte, derselbe mithin nicht freiwillig und ohne Widerspruch die Vergütigung angenommen habe.

Es hat jedoch die General-Commission zu Berlin in ihrem Erkenntnisse vom 26. Juni 1858 die Streitfrage dahin entschieden: daß der Jahreswerth des der Pfarre zu C.

zustehenden Natural-Frucht-Zehntens nach den Bestimmungen des §. 32. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 zu ermitteln und festzusetzen. Und auf die Appellation der Vertreter der Pfarre ist dieses Erkenntniß auch durch das Urtel des Revisions-Collegiums für Landescultur-Sachen vom 3. December 1858 bestätigt worden.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat der Appellations-Richter aber Folgendes angeführt:

Der Regierungs-Entwurf zum Gesetze vom 2. März 1850 sage in den Motiven zu Tit. II. §. 9.

Die Abfindung soll so viel als möglich dem Werthe entsprechen, welchen die abzulösende Leistung bisher für den Berechtigten sowohl, als für den Verpflichteten gehabt hat. Sind aber die Leistungen schon längere Zeit hindurch (10 resp. 20 Jahre lang) in Geld vergütet worden, so ist augenscheinlich anzunehmen, daß beide Theile übereinstimmen, und diese Geldvergütung als den wahren Werth der Leistungen anerkannt haben, und es kann daher keinem Bedenken unterliegen, in Fällen solcher Art, die Geldvergütung auch gesetzlich als jenen Werth zu bezeichnen und der Berechnung der Abfindung zum Grunde zu legen. Dieser Grundsatz ist nicht nur in diesem §. 9. in Bezug auf die Ablösung von Diensten, sondern auch in den später folgenden §§. 29. und 32. bei der Ablösung der nicht in Körnern bestehenden Natural-Abgaben, sowie der Natural-Frucht-Zehnten in Anwendung gebracht.

Mit dieser Motivirung hätten sich die Berichte der Agrar-Commissionen der zweiten und der ersten Kammer einverstanden erklärt und es seien demnächst diese Vorschriften (§§. 9., 29. und 32.) des Entwurfs bei der Plenarberathung unverändert angenommen worden. Danach sei

es nicht zweifelhaft, daß für die Bestimmung des §. 32. dieselben Beweggründe maßgebend gewesen, die den §§. 9. und 29. zum Grunde gelegen hätten und die entgegengesetzte Voraussetzung der Pfarre sei nicht begründet. Gebe die Pfarre aber selbst zu, daß für die Anwendbarkeit der §§. 9. und 29. nur das bloße Factum des Gebens und der Annahme einer Geldvergütung innerhalb der bestimmten Zeiträume entscheidend sei, so müsse dasselbe auch von der Anwendbarkeit des §. 32. gelten.

Es frage sich daher nur, ob die Pfarre bei der Annahme der Geldvergütung durch den Pfarrer vertreten worden sei und habe vertreten werden können. Dies sei aber in der That der Fall. Denn der Pfarrer sei nicht bloß Nießbraucher des Pfarrvermögens, sondern ihm gebührte nach §. 778. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. die Verwaltung und der Nießbrauch der Pfarrgüter, er sei mithin gleichzeitig Verwalter und vertrete in sofern durch seine Verwaltung den Eigenthümer der Pfarrgüter, die Pfarre selbst, und die von ihm in dieser Eigenschaft vorgenommenen Handlungen seien für die Pfarre verbindend, in sofern die Gesetze nicht eine ausdrückliche Ausnahme festsetzten.

Deshalb erkenne auch der §. 871. a. a. O. die Verjährung der Pfarrzehnten als zulässig an und schließe damit die Anwendbarkeit des §. 92. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. aus. Die im §. 32. angegebenen Zeiträume stellten aber keine Verjährungsfristen dar, sollten vielmehr nur dazu dienen, die gesetzliche Voraussetzung zu rechtfertigen, daß die während derselben angenommenen Geldbeträge dem bisherigen von den Betheiligten selbst anerkannten wahren Werthe der Leistung entsprechend seien. Der Gesetzgeber habe den §. 32. für jeden Zehntberechtigten für maaßgebend

erklärt und die Pfarrzehnten nicht ausgenommen. Es wäre auch für den Gesetzgeber keine Veranlassung da, einen Unterschied für die Pfarrzehnten zu machen, da nicht zu vermuthen wäre, daß die Pfarrer aus bloßer Freigebigkeit oder aus nicht hinreichender Kenntniß von dem Werthe des ihnen zustehenden Naturalzehntrechts sich mit einer geringeren Vergütung, als welche dem wahren Werthe desselben entsprochen, begnügt haben würden.

Sei aber die thatsächliche Annahme einer Geldvergütung statt des Naturalzehntens Seitens des Pfarrers während der festgesetzten Zeiträume für die Anwendbarkeit des §. 32. ausreichend, so sei es auch gleichgültig, ob die Annahme dieser Vergütung in Folge eines ausdrücklichen Abkommens stattgefunden und ob dieses Abkommen rechtlich verbindlich gewesen oder nicht. Die Verhandlung vom 17. Mai 1827, wonach der Prediger H. sich für seine Lebenszeit verbindlich gemacht habe, es Hinsichts des Rauchzehntens bei der festgesetzten Entschädigung von 4 Thlr. 10 Sgr. für die Hufe zu belassen, um alle nur möglichen Unannehmlichkeiten zu vermeiden, welche mit der Erhebung des Naturalzehntens verbunden seien, beweise nicht, daß die Zehntpflichtigen einen unerlaubten Vortheil durch die Erwirkung dieser Verbindlichkeit gesucht hätten, noch weniger, daß H. zur Abgabe dieser Erklärung gezwungen worden und sich nur mit Vorbehalt zur Annahme dieser Geldvergütung bereit erklärt habe.

Gegen das Appellations-Urtel ist von den Vertretern der Pfarre die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben und auch durch das Erkenntniß des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 8. November 1859 das Appellations-Urtel vernichtet und in der Sache selbst auf die Appellation der Pfarre das Erkenntniß erster Instanz dahin abgeändert,

daß der Jahreswerth des der Pfarre zu C. zustehenden Natural-Frucht-Zehntens nicht nach den Bestimmungen des §. 32. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850, sondern nach denen des §. 33. zu ermitteln und festzustellen.

Es lauten die betreffenden

G r ü n d e:

Von den Imploranten wird gerügt, daß der §. 32. des Gesetzes vom 2. März 1850 durch unrichtige Anwendung verletzt worden sei. Dieser Vorwurf ist begründet. Der gedachte §. 32. verordnet:

> Hat der Berechtigte während der letzten zehn Jahre vor Anbringung der Provocation, oder wenn zwischen diesem Zeitpunkte und der Verkündung des Gesetzes vom 9. October 1848 der Natural-Frucht-Zehnt wieder erhoben worden ist, während der letzten zehn Jahre vor Verkündung des gedachten Gesetzes für den Natural-Frucht-Zehnten einen Pachtzins bezogen oder eine Abgabe in Gelde oder Getreide statt des Natural-Frucht-Zehnten ohne Widerspruch angenommen, so bildet der jährliche Betrag des Pachtzinses oder der Abgabe und, wenn diese Beträge gewechselt haben, der Durchschnitt der gezahlten Beträge den Jahreswerth des Zehntrechts.

Es setzt hiernach diese Vorschrift voraus, daß der Berechtigte das in Geld oder in Getreide bestehende Aequivalent statt des Natural-Frucht-Zehntens angenommen hat. Unter dem Berechtigten wird in den Ablösungs-Ordnungen, namentlich auch in dem Ablösungs-Gesetze vom 2. März 1850 und ebenso im Ergänzungs-Gesetze vom 15. April 1857 (S. 363. der Ges.-Samml.) der Eigenthümer des Rechts verstanden; er soll für die Aufhebung der abzulösenden Berechtigung entschädigt werden und nur mit ihm kann über die Ablösung rechtsgültig verfahren werden.

Ist, wie im vorliegenden Falle, von einem Pfarrzehnten die Rede, so ist die Pfarre die Eigenthümerin der diesfälligen Berechtigung, mithin im Sinne der Ablösungs-Ordnung die Berechtigte. Hieraus folgt aber, daß die im §. 32. des Gesetzes vom 2. März 1850 in Bezug auf den Natural-Frucht-Zehnten ausgesprochene allgemeine Norm auf den Pfarrzehnten nur dann Anwendung finden kann, wenn die dort erwähnte Annahme eines Aequivalents unter Genehmigung der gesetzlichen Vertreter der Pfarre, als Eigenthümerin des Zehntens, erfolgt ist. Der Umstand, daß der Zehnten zur Unterhaltung des Pfarrers bestimmt ist und diesem mithin während der Dauer seines Amtes die Befugniß zusteht, den Zehnten zu erheben, kann die entgegengesetzte Ansicht, die der Appellations-Richter aufgestellt hat, nicht rechtfertigen. Denn die Ausübung jener Befugniß macht ihn nicht zum Eigenthümer des Rechts, d. i. zum Berechtigten im Sinne des Ablösungs-Gesetzes. Jene Auslegung des Gesetzes, wonach unter dem „Berechtigten" der Eigenthümer der Berechtigung zu verstehen, wird auch durch den Grund desselben gerechtfertigt. Mit Recht könnte man annehmen, daß, wenn der Eigenthümer des Natural-Frucht-Zehntens statt desselben während des langen Zeitraums von zehn Jahren eine Abgabe in Gelde oder in Getreide angenommen hat, der durchschnittliche Betrag dieser Abgabe den Werth des Zehntens bilde, weil zu vermuthen, daß der Eigenthümer sich mit dem Zehntpflichtigen darüber geeinigt habe, daß jener Betrag dem Werthe des Zehntens gleichkomme und weil der Eigenthümer zu einer solchen Einigung befugt war. Es war daher zuläßig, eine solche Norm für die Ablösung des Natural-Frucht-Zehntens zu geben, weil derselbe bekanntlich sehr oft sich in den Händen eines weltlichen Be-

sitzers befindet und weil auch in Bezug auf noch bestehende Pfarrzehnten zwischen den gesetzlichen Vertretern der Pfarre und den Zehntpflichtigen eine Einigung in jener Art getroffen sein konnte. Dagegen war keine Veranlassung dazu da, dem Verhalten des Nutznießers dieselbe Wirkung beizulegen, wie den Handlungen des Eigenthümers. Vielmehr spricht für das Gegentheil die Erwägung, daß verschiedene Motive sehr oft die Pfarrer veranlaßt haben, statt des Natural-Frucht-Zehntens sich mit einem den wirklichen Werth desselben bei weitem nicht erreichenden Aequivalente in Gelde oder Getreide zu begnügen, wie z. B. in der hier vorliegenden Ablösungssache geschehen ist, indem nämlich der Werth des der Pfarre zu C. zustehenden Natural-Frucht-Zehntens, wenn er nach §. 33. des Gesetzes vom 2. März 1850 berechnet wird, die mit Rücksicht auf das in der Periode von 1837 bis 1846 entrichtete Aequivalent zu gewährende Abfindung nach dem Gutachten des Special-Commissars um 5566 Thlr. 20 Sgr. übersteigt. Es hätte einer ganz ausdrücklichen Bestimmung bedurft, wenn den willkürlichen Handlungen vorübergehender bloßer Nutzungsberechtigter ein so gewichtiger Einfluß auf Herabsetzung der Realität des dabei von den gesetzlichen Vertretern nicht beschützten Hauptrechts hätte eingeräumt werden sollen.

Das angefochtene Erkenntniß war, da hiernach dem Appellations-Richter eine unrichtige Anwendung des Gesetzes vom 2. März 1850 zur Last fällt, zufolge §§. 4. und 17. der Verordnung vom 14. December 1833 zu vernichten.

In der Sache selbst war auf die Appellation der Pfarre das erste Erkenntniß, wie geschehen, abzuändern. Die Voraussetzung des §. 32. des Gesetzes vom 2. März 1850 ist nicht vorhanden, wie aus obiger Ausführung hervorgeht. Es kann daher der Werth des zur Ablösung ge-

stellten Natural-Frucht-Zehntens nur nach §. 33. l. c. ermittelt werden.

№ 41.

Posen. Wirkung des Hypotheken-Patents vom 4. April 1818 auf Fideicommisse.

1) Steht die, in dem Patente vom 4. April 1818 angedrohete Präclusion, der nicht vor dem 1. Juni 1819 angemeldeten Realansprüche, auch den aus einer Fideicommiß-Stiftung abgeleiteten Ansprüchen entgegen?

2) Ist durch das gedachte Patent die Präclusion nur denjenigen Ansprüchen angedrohet, welche erst seit Auflösung der älteren Preußischen (Süd- oder Westpreußischen) Hypothekenbehörden entstanden sind, oder auch den früher schon vorhandenen, aber zu jenen älteren Hypothekenbüchern nicht angemeldeten?

Patent wegen Wiedereinrichtung des Hypotheken-Wesens im Großherzogthum Posen vom 4. April 1818, §§. 1. 6—13. 16. (Ges. S. S. 20.).

Durch notariellen Vertrag vom 25. April 1839 erkaufte Kläger das Gut C. von Xaver v. Z. Dieser gab im Vertrage an, daß und wie das unbeschränkte Eigenthum des Guts auf ihn übergegangen sei und verpflichtete sich, für Ansprüche Anderer aufzukommen. Er ist demnächst in Folge einer Klage des Käufers rechtskräftig verurtheilt worden, dem Ersteren das freie Eigenthum an dem verkauften Gute zu verschaffen, doch hat dies keinen Erfolg

gehabt, und der Kläger R. vermochte nicht die Berichtigung des Besitztitels auf seinen Namen herbeizuführen. Denn in verschiedenen späteren Processen haben die Proceß-Richter (wie die Hypothekenbehörden) stets angenommen, daß C. zu dem v. Z.schen Fideicommisse gehöre.

Inzwischen ist diesem Fideicommisse ein Curator bestellt worden, und gegen diese hat demnächst der Käufer mit der Behauptung, daß C. gar nicht zum Fideicommiß bestimmt, oder wenn dieses auch, doch später wieder davon ausgeschlossen und dessen Fideicommiß-Eigenschaft schließlich aufgehoben worden sei, mit dem Antrage geklagt, zu erkennen:

> daß das Rittergut C. kein Fideicommißgut, und daß Verklagter schuldig sei, die Eintragung des Gutes in das Hypothekenbuch als eines zu Eigenthumsrechten besessenen, geschehen zu lassen.

Auf Antrag des Verklagten jedoch hat das Kreisgericht zu Bromberg am 18. December 1857 den Kläger abgewiesen und das Appellations-Gericht daselbst, nachdem es die von den Parteien angezogenen Urkunden und Acten hatte vorlegen lassen, das erste Urtel lediglich unter dem 30. October 1858 bestätigt.

Der Appellations-Richter stellt nach jenen Beweismitteln das Sachverhältniß in folgender Weise fest.

Der General Michael August v. Z. errichtete, durch den mit seinem Bruder Kasimir am 1. August 1786 geschlossenen Vertrag, ein Fideicommiß für die Familie v. Z. mit verschiedenen Gütern, worunter auch das Gut C. genannt war. Der Vertrag wurde vor dem damaligen Hofgericht zu Bromberg verlautbart und durch Verfügung vom 25. November 1786 confirmirt. Ein späteres Uebereinkommen der Brüder v. Z. vom 11. März 1788 änderte

den Vertrag von 1786 in einigen Punkten ab. Namentlich heißt es:

> Sechstens behält sich der General v. Z. vor, das Gut C. von dem gestifteten Fideicommiß auszuschließen und deshalb anderweit zu Gunsten des Kammerherrn J. B. v. Z. zu disponiren. Der J. B. v. Z. acceptirt diese .... Bestimmungen und unterwirft sich übrigens allen in dem Familienpacte von 1786 wegen Vererbung der Güter gemachten Anordnungen.

Das Hofgericht hat auch diesen Vertrag nach vorgängiger Verlautbarung durch Verfügung vom 10. Juli 1788 confirmirt.

Von allen diesen Dispositionen ist bei dem Hypothekenbuche des Gutes C. (das kein Zubehör der übrigen Fideicommißgüter war und in einem anderen Gerichtsbezirke lag) nichts bekannt geworden, und es ist ein Hypothekenbuch dieses Gutes noch gar nicht vorhanden.

Der Appellations-Richter erklärt nun die durch den Vertrag vom 1. August 1786 begründete Eigenschaft des Gutes C. als eines Fideicommißgutes für eine noch jetzt fortbestehende. Von den dafür angeführten mehreren Gründen genügt es die folgenden hier zu erwähnen.

Der Vorbehalt vom Jahre 1788 sei für den jetzigen Rechtsstreit ohne Bedeutung, da Kläger selbst nicht behaupte, daß von jenem Vorbehalte wirklich Gebrauch gemacht und C. von dem Fideicommisse später ausgeschlossen worden sei. In der Unterlassung der Eintragung der Fideicommiß-Eigenschaft bei C. könne nicht mit dem Kläger eine Realisirung jenes Vorbehalts gefunden werden; es würde zu solcher Realisirung nothwendig eine bestimmte Willensäußerung gehört haben. Das Uebereinkommen vom 11. März 1788 lasse keine andere Deutung zu, als daß der Stifter

noch bestimmt und deutlich erklären wollte und mußte, wie er C. noch ausschließe und darüber anderweitig verfüge.

Demnach sei es auch gleichgültig, wenn das Ober-Landesgericht zu Marienwerder als Vormundschaftsbehörde der J. B. v. Z.'schen Minorennen, ja selbst als Fideicommiß-Gericht, im Attest vom 18. Juni 1839 attestirt haben sollte, wie Kläger behaupte, daß C. nach dem Tode des J. B. v. Z. dem Xaver v. Z. als freies Eigenthum zugefallen sei. Diese Meinung der Fideicommiß-Behörde sei für die Fideicommiß-Interessenten unverbindlich, und bleibe der Entscheidung des Proceßrichters zwischen den Betheiligten unterworfen. Deshalb sei es auch gleichgültig, wenn dieselbe Behörde später ein Project wegen Aufhebung der Fideicommiß-Qualität von C. deshalb nicht habe bestätigen wollen, weil C. gar nicht Fideicommiß sei.

Kläger könne sich auch nicht einmal dafür auf das Attest berufen, daß er beim Ankauf von C. in bona fide gewesen, denn der Vertrag selber habe den Kläger auf die Bedenken über die Dispositions-Befugniß des Verkäufers hingewiesen, indem der Verkäufer sich durch irgend welche Urkunde als Eigenthümer nicht legitimirt, sondern nur angegeben habe, wie er in den Besitz von C. gekommen.

Aus dem Mangel ferner der Eintragung der Fideicommiß-Eigenschaft im Hypothekenbuche folge noch nicht, daß C. kein Fideicommißgut sei. Die Eintragung sei nach §. 64. Thl. II. Tit. 4. A. L. R. dazu nicht nothwendig, sondern nur zur Vermeidung der dort angedeuteten Nachtheile angeordnet.

Sei hiernach C. als Fideicommißgut auf den Xaver v. Z. — den verkaufenden Vorbesitzer des Klägers — übergegangen, so könne Kläger sich auch nicht auf das Patent vom 4. April 1818 über die Wiederherstellung des

Hypotheken-Wesens im Großherzogthum Posen stützen, denn der damalige Besitzer habe das Gut erweislich nicht auf Grund eines zum Eigenthums-Erwerb geschickten Titels, sondern eben nur als Fideicommiß besessen.

Die Nichtigkeits-Beschwerde stellte, außer mehreren anderen Beschwerdepunkten, die Behauptung auf:

Wenn der Appellations-Richter das Patent vom 4. April 1818 deswegen von der Anwendung auf vorliegenden Fall ausschließe, weil Xaver v. Z. das Gut nicht auf Grund eines zum Eigenthumserwerb geschickten Titels, sondern nur als Fideicommiß besessen habe, so verletze er:

a. §§. 7. 8. 13. 14. 16. des Patents. Denn der §. 8. verordne, daß auch alle diejenigen, welche einen Eigenthums- oder Substitutions-Anspruch zu haben meinten, solchen bis zum 1. Juni 1819 bei der Hypthekenbehörde anmelden müßten, und nach §§. 13. 15. 16. habe die unterbliebene Anmeldung zur Folge, daß jener Anspruch gegen einen dritten Erwerber des Guts nicht mehr verfolgt werden könne. Die Präclusion des Anspruchs trete dem dritten Erwerber gegenüber ohne alle Rücksicht auf den Besitztitel dessen ein, der das Gut zur Zeit des Präclusions-Termins besessen habe.

b. Es sei nicht richtig, daß Xaver v. Z. das Gut aus keinem Eigenthumstitel besessen habe, denn nach dem vom Appellations-Richter erwähnten Attest der v. Z.'schen Vormundschafts- und Fideicommiß-Behörde vom 18. Juni 1839 habe Xaver v. Z. das Gut aus dem Nachlasse seines Vaters J. B. v. Z. übernommen, ihm stehe also der im §. 617. Thl. I. Tit. 19. des A. L. R. anerkannte titulus pro haerede zur Seite, und der Appellations-Richter verletze dies Gesetz durch Nichtanwendung.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat diese Be-

schwerde für gerechtfertigt erachtet und am 11. April 1859 erkannt:

daß das zweite Erkenntniß zu vernichten und unter Abänderung des Urtels erster Instanz, der verklagte Curator für schuldig zu achten, anzuerkennen, daß das Rittergut C. kein Fideicommißgut sei, auch die Eintragung dieses Guts in das Hypothekenbuch, als eines zu Eigenthumsrechten besessenen, geschehen zu lassen.

G r ü n d e.

Die behauptete Verletzung des Hypotheken-Patents vom 4. April 1818 erscheint dergestalt begründet, daß dieselbe allein schon die Vernichtung des angefochtenen Urtels zur Folge haben muß, und es der Erwähnung der noch weiter aufgestellten Nichtigkeitsgründe nicht bedarf. Dies Patent gebietet die Wiederherstellung des Hypotheken-Wesens in der Provinz Posen, deren Bestandtheile bis zum Jahre 1806 theils zu Westpreußen (dem Netzdistricte) theils zu Südpreußen gehört, und wo eben so lange die Hypotheken-Ordnung vom 20. December 1783 schon gegolten hatte. Mit Rücksicht auf diese Thatsache und darauf, daß die demgemäß angelegten Hypothekenbücher unter der fremdherrlichen Zwischenregierung bei den Gerichtsbehörden des Herzogthums Warschau aufbewahrt worden waren, eine dem Preußischen Hypotheken-Wesen entsprechende Einrichtung aber in dieser Zwischenzeit nicht stattgefunden hatte, verordnete das Patent im §. 1.:

Alle von Seiten der ehemaligen West- und Südpreußischen Hypothekenbehörden, bis zu ihrer im Jahre 1806 oder später erfolgten Auflösung, in den vorschriftsmäßig angelegten Hypothekenbüchern bewirkte Eintragungen und Löschungen der Hypothekenrechte, und alle darüber ertheilte Hypothekenscheine werden als vollkommen rechtsbe-

ständig und gültig angesehen und es bedarf wegen aller hiernach schon eingetragenen Realrechte keiner neuen Anmeldung und Eintragung.

Der §. 2. verordnet dagegen, daß die nach der Auflösung der Preußischen Behörden von den Gerichten oder Hypotheken-Conservatoren des Herzogthums Warschau vorgenommenen Berichtigungen der Besitztitel erneuert und die eingetragenen Ansprüche zur Erhaltung ihres Realrechts von neuem angemeldet und in die Hypothekenbücher eingetragen werden sollen. Der §. 3. gebietet die Anlegung von Hypothekenbüchern, wo solche bisher noch gar nicht vorhanden waren und §§. 4. und 5. geben weitere reglementarische Vorschriften.

Sodann werden im §. 6. die Besitzer von Grundstücken oder selbstständigen Gerechtigkeiten, „in sofern ihr Eigenthum nicht schon nach §. 1. eingetragen worden," aufgefordert, dasselbe bis zum 1. Juni 1819 bei der Hypothekenbehörde anzumelden und demnächst nachzuweisen, und ebenmäßig verordnet:

§. 7. Alle diejenigen, welche an ein Grundstück oder an eine zur Eintragung in das Hypothekenbuch sich eignende Gerechtigkeit, seit der Auflösung der ehemals Preußischen Hypothekenbehörden einen Realanspruch erworben zu haben behaupten, werden hiernach aufgefordert, diesen Anspruch ungesäumt und spätestens bis zum 1. Juni 1819 bei der competenten Behörde anzumelden und nachzuweisen. . .

§. 8. Die gegenwärtige Aufforderung betrifft nicht bloß diejenigen, welche Geldansprüche, es sei aus Hypotheken, oder wegen rückständiger Kauf-, Ehe- oder Erbgelder, oder aus irgend einem anderen Grunde zu haben vermeinen, sondern auch diejenigen, welche

einen Eigenthums- oder Substitutions-Anspruch, ein dingliches Nutzungsrecht, Grundabgaben, oder andere dergleichen Befugnisse, wodurch das Eigenthum oder die Disposition des dermaligen Besitzers eingeschränkt wird, zu haben behaupten.

Nachdem sodann in den §§. 9—12. über die dieser Aufforderung entsprechend erfolgten Anmeldungen von Realansprüchen Näheres bestimmt worden, heißt es im §. 13.:

Diejenigen, welche sich nicht melden, behalten zwar ihre Rechte gegen die Person ihres Schuldners oder gegen dessen Erben, und können sich auch an das ihnen verhaftete Grundstück, in sofern solches noch in den Händen des gegenwärtigen (das heißt: des im Präclusions-Termine das Grundstück inne habenden) Besitzers befindlich ist, halten. Gegen einen Dritten aber, und zu dessen Nachtheil, soll ein solcher Gläubiger kein Realrecht an das Grundstück auszuüben im Stande sein.

und im §. 14.:

Wenn daher jemand nach dem 1. Juni 1819 mit einer Vindications-Klage, oder mit anderen Eigenthums-Ansprüchen an ein Grundstück hervortritt, so kann er damit nur gegen den jetzigen Besitzer, falls das Gut noch in dessen Händen ist, gehört werden.

Endlich bestimmt weiter:

§. 16. Ist das Gut nach dem 1. Juni 1819 an einen dritten Besitzer veräußert, so haben die, welche ihre Realansprüche anzumelden unterlassen, ihre Rechte an das Gut ganz verloren, und dürfen weder der dritte Besitzer, noch die, welche von ihm ihre Rechte herleiten, des-

halb im Geringsten beunruhigt oder in Anspruch genommen werden...

Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen darf es keinen Zweifel leiden, daß auch die auf einer Fideicommiß-Stiftung beruhenden Ansprüche, sofern die fideicommissarische Beschwerung des Gutes nicht schon in die älteren Preußischen Hypothekenbücher eingetragen worden war, bis zum 1. Juni 1819 angemeldet werden mußten, wenn dieselben gegen einen späteren Erwerber des Gutes Gültigkeit haben sollten. Denn der §. 8. ruft alle, welche einen Eigenthums- oder Substitutions-Anspruch zu haben meinen, zu dieser Anmeldung auf, und die Unterlassung der Meldung zieht nach §§. 13. 14. und 16. die Folge nach sich, daß ein solcher Anspruch gegen den, welcher nach dem 1. Juni 1819 das Grundstück erworben hat, nicht mehr verfolgt werden darf und das nicht angemeldete Recht an das Gut, gemäß §. 16., ganz verloren gegangen ist.

Wenn dennoch der Appellations-Richter das Patent für nicht anwendbar, und die darin angedrohete Präclusion nicht angemeldeter Ansprüche dieser Art also nicht für eingetreten achtet, weil der damalige Besitzer von C. dies Gut nicht auf Grund eines zum Eigenthumserwerbe geschickten Titels, sondern nur als ein Fideicommißgut besessen habe, so verkennt er die eigentliche Streitfrage, um welche es sich hier handelt.

Es ist hier nicht die Rede von der Prüfung des Besitztitels des Xaver v. Z., sondern von dem Einflusse, welchen das Patent vom 4. April 1818 auf die Legitimation des Klägers als Eigenthümers des Gutes C. ausüben darf. Kläger hat den mit dem Xaver v. Z. geschlossenen Kaufvertrag vom 25. April 1839 für sich, und dieser Ver-

käufer ist außerdem noch rechtskräftig verurtheilt worden, ihm das freie Eigenthum von C. zu verschaffen.

Dem Kläger fehlt es also keinesweges an einem an sich zum Erwerbe des Eigenthums geschickten Titel, und da er sich auch im Besitze des so erworbenen Gutes befindet, so ist er unzweifelhaft derjenige, welchen §. 6. des Patens beruft, sein Eigenthum nachzuweisen, da bisher ein Hypothekenbuch des Gutes C. noch gar nicht angelegt war. Bei diesem Nachweise kommt ihm dann das Patent zu Hülfe, indem es alle, die einen Realanspruch irgend einer Art, namentlich einen Eigenthums- oder Substitutions-Anspruch an dies Gut zu haben vermeinen, in den §§. 7. und 8. zu dessen Anmeldung bis zum 1. Juni 1819 aufgefordert, und wenn sie sich in dieser Frist nicht gemeldet haben, sie damit in so weit präcludirt hat, daß sie denselben gegen den späteren Erwerber des Gutes, also den Kläger, nicht mehr geltend machen dürfen. Als solche Realberechtigte gelten die, zur Zeit ihren Personen nach ganz unbekannten Prätendenten zu dem v. Z.'schen Familien-Fideicommisse, welchen von dem competenten Kreisgerichte zu Schwetz ein Curator bestellt worden ist; gegen diesen ist die Klage gerichtet, und sie müssen als präcludirt durch das oftgedachte Patent erachtet werden.

Der Curator meint zwar in seiner Antwort auf die Nichtigkeits-Beschwerde, diese nachtheilige Folge durch die Behauptung abwenden zu können, daß nach §. 7. des Gesetzes nur diejenigen ihre Realansprüche anzumelden hätten, welche erst seit Auflösung der ehemaligen Preußischen Hypothekenbehörden einen Realanspruch erworben hätten, und daß, weil die Fideicommiß-Eigenschaft des Gutes C. und der darauf gegründete Anspruch der vom Curator vertretenen Personen viel älteren Ursprungs seien, aus der Stiftungs-Urkunde vom Jahre 1786 herrühren, dieser Anspruch einer Anmeldung nicht bedurft habe. Diese Behauptung, wenn sie richtig wäre, würde immer nicht den davon ganz verschiedenen Entscheidungsgrund des Appellations-Urtels rechtfertigen, sie ist aber auch nicht richtig. Es ist dabei übersehen, daß das Patent, indem es im §. 1. die in den älteren Preußischen Hypothekenbüchern erfolgten Eintragungen für fortdauernd rechtsbeständig erklärt, auch hinzugefügt: daß es wegen aller hiernach schon eingetragenen Realrechte keiner neuen Anmeldung bedürfe.

Damit ist der leitende Grundsatz ausgesprochen: daß alle nicht schon solcher Gestalt eingetragenen Ansprüche der Anmeldung bedürfen. Diesem Grundsatze gemäß sind im §. 6. des Patentes alle Grundbesitzer, „in sofern ihr Eigenthum nicht schon nach §. 1. eingetragen worden," zu dessen Anmeldung aufgerufen worden, also gleichviel, ob ihr Eigenthumsanspruch vor oder nach 1806 entstanden ist.

Der Zeitpunkt der Entstehung ihres Eigenthums ist nach §. 6. gleichgültig, es sind alle berufen, deren Berechtigung noch nicht in die früheren Preußischen Hypothekenbücher eingetragen war. Etwas Anderes kann aber auch im §. 7. und 8. nicht beabsichtigt sein, da jeder Grund fehlt, die hier erwähnten Ansprüche anders zu behandeln, als die im §. 6. angeführten, jene vielmehr auch zu den Realrechten gehören, deren Anmeldung im §. 1. allgemein geboten ist, sofern sie nicht schon früher in die Preußischen Hypothekenbücher eingetragen worden waren. Es ist eben so wenig ein Grund ersichtlich, aus welchem in Bezug auf die in §§. 7. und 8. besprochenen Ansprüche unterschieden werden müßte zwischen den vor Auflösung der früheren Preußischen Hypothekenbehörden und dem nach diesem Zeitpunkte entstandenen, da jene wie diese, zur Erhaltung ihres dinglichen Charakters der Eintragung in die, zufolge des Patentes wieder herzustellenden oder neu anzulegenden Hypothekenbücher bedurften und da anderer Seits der öffentliche Aufruf und die angedrohete Präclusion aller Realberechtigten, welche sich nicht in der bestimmten Frist melden würden, als Vorbereitung der Eintragung für alle solche Ansprüche ohne Unterschied in gleichem Maaße wesentlich erscheinen mußten. Implorat giebt selbst keinen Grund an für die von ihm beliebte Unterscheidung zwischen älteren und neueren Ansprüchen und er hat nicht zu behaupten sich getraut, daß die ersteren fortdauern könnten auch ohne alle Anmeldung und Eintragung. Eine solche Fortdauer würde den Grundsätzen der Hypotheken-Ordnung völlig widersprechen, kann daher auch im Patente nicht gemeint sein. Im Sinne des Letzteren kann nur die wirklich früher erfolgte Eintragung eines solchen Anspruches in die alten Preußischen Hypothekenbücher von Erheblichkeit sein, nachdem im §. 1. des Gesetzes die bis zu jenem Zeitpunkte bewirkten Eintragungen für fortdauernd gültig erklärt und

eine neue Anmeldung derselben für nicht erforderlich erachtet worden ist. Es darf daher den in den §. 7. des Gesetzes eingeflossenen Worten: „seit der Auflösung der ehemals Preußischen Behörden" nicht der vom Imploraten behauptete Sinn beigelegt werden, vielmehr ist anzunehmen, daß damit nichts anderes hat ausgedrückt werden sollen, als was in den §§. 1. und 6. gesagt war, daß nämlich jeder Anspruch anzumelden sei, der nicht schon aus den älteren Preußischen Hypothekenbüchern erhellete. Für einen noch nicht eingetragenen Anspruch war die Existenz jener älteren Hypothekenbücher ganz gleichgültig, und es muß jenen Worten des §. 7. als selbstverständlich hinzugedacht werden: „in sofern der Realanspruch noch nicht eingetragen gewesen ist.

Es ist denn auch bei Einführung des Hypothekenwesens in den anderen in dem Jahre 18¹⁴/₁₅ wieder, oder neu erworbenen Landestheilen, der öffentliche Aufruf zur Anmeldung aller Eigenthums- und anderer Realansprüche, ohne allen Unterschied hinsichts des Zeitpunktes ihrer Entstehung erfolgt und an die Unterlassung dieser Anmeldung innerhalb der bestimmten Frist, ohne alle Unterscheidung, die Wirkung geknüpft worden, daß, wenn demnächst das Grundstück in den Besitz eines Dritten übergegangen ist, gegen diesen und an das Grundstück keinerlei Recht geltend gemacht werden darf.

Vergl. Patente vom 22. Mai 1815 §. 12. (Ges. S. S. 188.), vom 16. Juni 1820, §§. 5. 19. 22. bis 26. (Ges. S. S. 103 ff.)

Hiernach rechtfertigt sich die Vernichtung des Urtels zweiter Instanz.

Die Entscheidung in der Hauptsache ist sodann gleichmäßig durch die erfolgte Präclusion der Prätendenten zum v. Z.'schen Fideicommisse, welche durch das Patent vom 4. April 1818 zu Gunsten des Klägers geschehen, begründet worden, indem der verklagte Curator diese unbekannten Personen vertritt und daher zwischen den Parteien gar nicht weiter darüber zu entscheiden nöthig ist, ob das Gut C. von Hause aus zu dem v. Z.'schen Fideicommisse gehört, und ob es in diesem Falle diese Eigenschaft später wieder verloren habe oder nicht?

Criminal-Sachen.

№ 42. (Crimin.-S. Nr. 1.)

Disciplinar-Verfahren gegen Notare.

In wie fern unterliegt ein Gebührenerlaß an den taxmäßigen Notariats-Gebühren der disciplinarischen Rüge?

Verordnung wegen Bildung eines Ehrenraths unter den Justiz-Commissarien, Advocaten und Notarien, vom 30. April 1847. (Ges.-S. S. 196.) §. 2.

In Folge einer Anzeige, daß der Notar N. N. mit einem Banquier das Abkommen getroffen habe, nach welchem er demselben für ihm zugewendete Wechsel-Proteste 25 Procent seiner Gebühren bewilligt habe, war vom Ehrenrath der Rechtsanwälte und Notarien eine Voruntersuchung gegen den Ersteren beschlossen, als dieser selbst einige Tage nachher dem Ehrenrathe zu seiner Rechtfertigung anzeigte, wie zwei Eingesessene gegen ihn geäußert hätten, daß sie beabsichtigten, ihm Notariats-Geschäfte zu übertragen und einen billigen Kostenansatz wünschten. Er habe erwidert, daß er sich hinsichtlich seiner Gebühren durch Versprechungen nicht binden, über dieselben keine Verträge schließen

könne; wenn er künftig einen Theil der Gebühren erlasse, so geschehe das ohne Verpflichtung, ohne Vertrag, so wie es jederzeit von ihrem Belieben abhange, ob und welche Notariats-Acte sie ihm übertragen wollten. Hiernach hätten die Requirenten von ihm die einzeln verlangten Notariats-Acte mit Liquidationen, nach einer gewissen Zeit aber auch eine generelle Quittung über sämmtliche in einem gewissen Zeitraume für sie aufgenommenen Acte erhalten und habe er unter dieser Rechnung quittirt über den Betrag und Theil, den er baar erhalten, habe aber in derselben Quittung auf einen bestimmt ausgedrückten Betrag sämmtlicher in der generellen Rechnung verzeichneten Gebühren verzichtet. Ein solches, keinen Theil bindendes, Verhältniß, und ein solcher Erlaß seiner, ihm gehörenden und seiner Verfügung unterliegenden Gebühren könne für gesetzwidrig nicht erachtet werden; es werde dadurch eine dauernde Geschäftsverbindung befördert und wende den, den Gerichtseingesessenen nicht minder, wie den Notarien nachtheiligen Wechsel ab. Auch in der demnächst eingeleiteten Untersuchung in Betreff der dem Banquier N. erlassenen Gebühren legte er vornämlich darauf Gewicht, daß ein Abkommen hierüber mit demselben nicht getroffen sei, daß aber ein freiwilliger Erlaß der Gebühren, den kein Gesetz verbiete, auch eben so wenig an sich für unziemlich in Ansehung des Notars erachtet werden könne, wie die Herabsetzung des Honorars des Arztes, und daß die Untersagung eines solchen Erlasses der Notariats-Gebühren überdem nicht durchzuführen sei, weil die Uebertragung der Notariats-Geschäfte Seitens des Publicums durch Zuwendung auch anderer Vortheile vermittelt werden könne und wirklich bedingt werde.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des Ober-Staatsanwalts, hat jedoch der Ehrenrath am 30. April 1859 in Erwägung,

1) daß zwar im Allgemeinen den Notarien die Befugniß zustehe, ihre Gebühren ganz oder theilweise zu erlassen, jedoch der Ehrenrath, wenn sich dabei Mangel an Ehrenhaftigkeit, Redlichkeit und Anstand zeige, unbedenklich befugt und verpflichtet sei, solches im Wege des Disciplinar-Verfahrens zu rügen,
2) daß zwar Gründe der Billigkeit, Freundschaft u. s. w. vorliegen könnten, welche die Notare, ohne Verletzung ihrer Pflichten, veranlassen, einen solchen Erlaß vorzunehmen,
3) daß im vorliegenden Falle derartige Gründe des Gebührenerlasses nicht vorhanden seien, indem Angeklagter dem Banquier N., nachdem dieser ihm schriftlich Notariats-Geschäfte gegen billigen Kostenansatz angetragen, mündlich erwidert habe: „er könne wohl ein Viertel der Taxen erlassen, wenn ihm im Jahre 100 Thaler blieben", er auch demselben über die in einem Quartal geführten Geschäfte generelle Rechnung zugestellt, unter derselben quittirt, und dabei auf einen Theil der Taxen verzichtet habe, der Banquier N. notorisch ein sehr vermögender Mann von umfangsreichem Geschäftsbetriebe sei, der bei dem Erlaß eines Theils der Notariats-Gebühren lediglich bezweckt, seinen eigenen Gewinn zum Nachtheil seiner Clienten zu erreichen, wogegen der Angeklagte sich durch den Gebührenerlaß notarielle Praxis zum Nachtheile seiner Collegen zu verschaffen gesucht, dieses aber einen Mangel an Anstand involvire und es dabei keineswegs darauf ankommen könne, ob er wegen des Ge-

bührenerlasses ein Vertragsverhältniß mit N. eingegangen sei, oder nur zufolge der gestellten Aussicht den Nachlaß später bewilligt habe,

4) daß aber der Angeklagte früher nie in eine Disciplinar-Untersuchung verwickelt gewesen sei, auch sich der Unangemessenheit seiner Handlungsweise nicht bewußt gewesen zu sein scheine, —

dahin erkannt:

daß dem Angeklagten wegen des Erlasses seiner Notariats-Gebühren, dem Banquier N. gegenüber, eine Ermahnung zu ertheilen und demselben die Kosten des Verfahrens zur Last zu setzen.

Auf die von dem Angeschuldigten eingelegte Berufung hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 27. Juni 1859 jenes Erkenntniß bestätigt.

Gründe:

Es kann zunächst keinem Bedenken unterliegen, daß die Frage: ob dem Notar der Erlaß seiner Gebühren gesetzlich gestattet, d. h. nicht verboten sei? in sofern nicht entscheidend sein kann, als es sich hier nicht um die Befolgung eines Gebots oder Verbots eines bestimmten Gesetzes, sondern um eine Pflicht handelt, welche nach dem Urtheil des Ehrenraths, als Standesgenossen des Angeklagten, durch den Anstand bedingt wird. Denn nach §. 2. der Verordnung vom 30. April 1847 hat der Ehrenrath über die Erfüllung der besonderen Amtspflichten, sowie derjenigen Pflichten seiner Standesgenossen zu wachen, welche durch Ehrenhaftigkeit, Redlichkeit und Anstand bedingt werden. Auch kann allerdings an und für sich in dem Erlaß von Gebühren des Notars aus Rücksichten der Billigkeit oder der persönlichen Stellung des Notars zu dem Debenten weder etwas Verbotenes, noch etwas den Anstand Ver-

letzendes, vielmehr im Interesse des Publicums, nur eine Handlung, welche Billigung verdient, gefunden werden. Das, was Mißbilligung und Tadel verdient, kann also nur in dem Beweggrunde zu solchem Erlaß gefunden werden. Nun hat aber das von dem Angeklagten dem Banquier N. gegenüber beobachtete Verfahren der Ehrenrath keineswegeo mit Unrecht, als einen Mangel an Anstand in sich schließend, seiner Rüge im Disciplinarwege durch die dem Angeklagten ertheilte Ermahnung unterworfen. Denn nach seiner eigenen Darstellung hat er dem Banquier N., nachdem dieser ihm schriftlich Notariats-Geschäfte gegen billigen Kostenansatz angetragen, mündlich erwidert: er könne wohl ein Viertel der Taxen erlassen, wenn ihm im Jahre an Taxen 100 Thlr. blieben. Allerdings hat er hinzugefügt, er binde sich aber hinsichtlich seiner Gebühren nicht durch Versprechungen oder Verträge: so wenig er ihn verpflichte, ihm Geschäfte zu übertragen, so wenig verpflichte er sich, Gebühren zu erlassen; und auch nach dem Zeugniß des Banquier N. hat ein wirkliches Abkommen, ein Vertrag in dieser Hinsicht zwischen ihm und dem Angeklagten nicht bestanden. Jedoch hat der Angeklagte, auch nach dessen Aussage, zu ihm geäußert: daß er, aber ohne eine vertragsmäßige Verpflichtung, bei größeren Rechnungen freiwillig einen Rabatt zugestehen würde. Hierauf hat dann der Angeklagte dem Banquier N. über die in einem Vierteljahr geführten Geschäfte generelle Rechnung zugestellt, unter dieser quittirt und in einem und demselben Act auf einen Theil der Taxen Verzicht geleistet. Dieser Erlaß eines Theils der Gebühren konnte, nach den vorliegenden Verhältnissen, keinen anderen Zweck haben, und hat auch nach der eigenen Darstellung des Angeklagten, wie er nach dauerhafter Geschäftsverbindung strebe, keinen an-

deren Zweck gehabt, als die Vermehrung seiner Notariats-Geschäfte, was schon deshalb Mißbilligung verdient, weil es sich mit der Standesehre eines öffentlich bestellten Notars nicht verträgt, sich durch die voraussichtlich billigere Verrichtung der Notariats-Geschäfte, als die Gebührentaxe solche honorirt, eine ausgedehntere Notariats-Praxis zu verschaffen. Außerdem hatte aber diese Verfahrungsweise auch noch die üble Wirkung, daß, indem die einzelnen Notariats-Acte, in Befolgung der Vorschrift der Gebührentaxe vom 11. Mai 1851, §. 3. (Ges.-S. S. 651.) die Aufstellung der Liquidation der vollen Gebührensätze enthielten, dem Banquier N. dadurch die Zurückforderung dieser vollen Gebühren von den betreffenden zur Tragung dieser Gebühren verpflichteten Personen, obwohl er nach der besonderen periodischen Rechnung nebst Quittung des Angeklagten nur einen geringeren Betrag dafür erlegt oder noch zu zahlen hatte, erleichtert wurde; eine Ersatzforderung, welche — wenn sie ausgeübt wäre, was hier dahin gestellt bleiben kann, — den Gebührenerlaß Seitens des Angeklagten um so deutlicher als eine Belohnung des Banquier N. für die ihm zugewendeten Notariats-Geschäfte darstellen würde. Jedenfalls erscheint es tadelnswerth, daß dem Banquier N. gerade durch das beobachtete Verfahren die Möglichkeit gegeben wurde, mehr zurückzufordern, oder den Debenten in Rechnung zu stellen, als voraussichtlich seine Auslagen betrugen. Die Darstellung des Angeklagten, daß ein gleiches Verfahren oder ein gleicher Gebührenerlaß auch von anderen Notarien geübt werde, könnte ihm, selbst wenn diese Behauptung begründet wäre, auf keinen Fall in der Weise entschuldigen, daß sein Verfahren sich deshalb rechtfertigen ließe; da es vielmehr die Pflicht eines jeden Notars ist, Zumuthungen der in

Rede stehenden Art, welche die durch den zu erwartenden Gebührenerlaß bedingte Uebertragung der Notariats-Geschäfte zum Gegenstande kaufmännischer Speculation machen, mit Entschiedenheit und unbedingt von der Hand zu weisen.

Auch konnte schließlich die Erwägung, daß der Angeklagte noch niemals in einer Disciplinar-Untersuchung befangen gewesen und derselbe, nach seiner offenen Darstellung des beobachteten Verfahrens, sich dabei allerdings in der irrigen Ansicht der Ausübung eines wohlbegründeten Rechts und einer unverfänglichen Sicherstellung seiner Geschäftsthätigkeit befunden zu haben scheint, nicht seine beantragte Freisprechung herbeiführen; es mußte vielmehr, da sein Verfahren keinesweges gebilligt werden kann, das die geringste disciplinarische Rüge gegen ihn aussprechende Erkenntniß des Ehrenraths, wie geschehen, bestätigt werden.

№ 43. (Crimin.-S. Nr. 2.)

Vergehen Preußischer, in ausländischem Schiffsdienst stehender Schiffsleute.

1) Anwendbarkeit des Gesetzes, zur Aufrechthaltung der Mannszucht auf den Seeschiffen vom 31. März 1841 auf Preußische Schiffsleute im ausländischen Schiffsdienst.
2) Welches ist das nach dem Str. G. B. §. 4. Nr. 3. zu berücksichtigende örtliche Strafgesetz, wenn ein Preuße auf einem ausländischen Schiffe in dem Hafen eines dritten Staates eine

nach Preußischen Gesetzen als Verbrechen oder Vergehen zu bestrafende Handlung begangen hat?

Gesetz vom 31. März 1841 (Ges. S. 64.) Strafgesetzbuch §. 4. Nr. 3.

Das Gesetz vom 31. März 1841 „zur Aufrechthaltung der Mannszucht auf den Seeschiffen" ist zufolge seines Eingangs erlassen, weil „die bestehenden Vorschriften über die Mannszucht auf den Seeschiffen sich als unzureichend erwiesen haben." Es unterwirft im §. 1. die Mannschaft auf den Seeschiffen von dem Tage ab, an welchem sie in Folge des Heuervertrages den Dienst auf dem Schiffe angetreten hat, der Disciplin des Schiffscapitains (Schiffers) und bestimmt in den §§. 2. 3. die Mittel und Grenzen der Disciplinar-Gewalt. Unbeschadet dessen sollen aber auch Criminalstrafen eintreten, wenn zu einer Zeit, wo das Schiff auf der Rhede eines inländischen Seehafens bereits seegelfertig gemacht ist, oder sich auf offener See oder in einem ausländischen Hafen befindet, von dem Schiffsvolke eines der in den §§. 5—8. näher bezeichneten Verbrechen verübt wird. Auch soll nach §§. 13. und 14. der Verbrecher bei Erreichung des ersten inländischen Hafens an das Gericht daselbst abgeliefert werden, wenn nicht gefährliche Umstände die Ablieferung an ein auswärtiges Gericht rechtfertigen.

Eine ausdrückliche Beschränkung auf Preußische Seeschiffe enthält das Gesetz nicht und es kann daher der Zweifel entstehen, ob nicht wenigstens die Strafbestimmungen — abgesehen von den Disciplinar-Maaßregeln — auf Preußische Schiffsleute im ausländischen Schiffsdienste anwendbar seien.

Sodann ist zwar schon entschieden worden, daß Verbrechen auf Preußischen Seeschiffen, selbst von Ausländern auf offener See verübt, den Preußischen Strafgesetzen und Strafgerichten unterliegen. (Goltdammer Archiv III. 651.) Dagegen hat sich die in der Ueberschrift unter 2. dargelegte Frage, in Verbindung mit der vorher erwähnten, erst jetzt der Judicatur des obersten Gerichtshofes in einem Falle dargeboten, dessen Eigenheiten und Erledigung die nachfolgenden Entscheidungsgründe zu einem Erkenntnisse der Abthl. I. des Criminal-Senats vom 16. März 1859 ergeben.

Die Angeklagten H. F. Str. 24 Jahre alt, und Fr. A. E. 20 Jahre alt, beide aus Neuvorpommern und Preußische Unterthanen, haben nach den Feststellungen der Richter erster und zweiter Instanz, nämlich der Kreisgerichts-Deputation zu Swinemünde, vom 30. April und des Appellations-Gerichts zu Stettin vom 2. September 1858, während sie als Matrosen auf dem Mecklenburgischen Barkschiffe „Amalie Hillmann" dienten, am 13. Juni 1857 auf der Rhede zu Charlestown und auf der Rhede von Leith in Gemeinschaft mit dem Zimmermann Ph. und dem Matrosen H. sich geweigert, dem Befehle des Capitains: die Anker zu lichten und andere Schiffsdienste zu verrichten, Folge zu leisten, so lange der Capitain nicht an Stelle des erkrankten Kochs einen anderen Mann heuern würde.

Das Gericht zu Swinemünde hatte sie von der Anschuldigung eines strafbaren Ungehorsams gegen die Befehle des Schiffsvorgesetzten freigesprochen, weil die §§. 5. und 7. des Gesetzes vom 31. März 1841 über die Aufrechthaltung der Mannszucht auf den Seeschiffen keine Anwendung finden könnten, indem die Handlung der Angeklagten weder in einem Preußischen Hafen noch auf einem Preußischen Schiffe stattgehabt habe und die Strafbarkeit

des Verhaltens nach den betreffenden ausländischen Gesetzen nicht nachgewiesen sei.

Auf die Berufung der Staats-Anwaltschaft hat dagegen das Appellations-Gericht, unter Anwendung der §§. 6. 7. des angeführten Gesetzes, beide Angeklagte wegen Ungehorsams und versuchter Röthigung des Schiffscapitains zu einer Handlung, welche sich auf die Führung des Schiffes bezog, zu dreimonatlichem Gefängniß verurtheilt, indem für nachgewiesen angenommen ist, daß derartige Handlungen der Schiffsleute in Mecklenburg mit Strafe bedroht seien.

Der Appellations-Richter geht davon aus, daß die Angeklagten durch ihre Dienste auf einem Mecklenburgischen Schiffe nicht aufgehört haben, Preußische Unterthanen zu sein, folglich auch den Preußischen Gesetzen unterworfen geblieben seien; es finde also auf sie das Gesetz vom 31. März 1841 Anwendung, sofern ihre Handlungen in Mecklenburg mit Strafe bedrohet seien. — Str. G. B. §. 4. Nr. 3. — Der Nachweis dieses letzteren Umstandes wird darauf gestützt, daß nach den Mittheilungen des Rostocker Obergerichts auch in Mecklenburg Ungehorsam und Widersetzlichkeit der Schiffsleute gegen den vorgesetzten Capitain mit Strafe bedrohet seien und mehrere der dort geltenden Strafbestimmungen in die Musterrolle aufgenommen würden, wovon ein Exemplar mitgetheilt ist. Es könne daher auch nicht mit dem Richter erster Instanz behauptet werden, daß die in der Musterrolle aufgenommenen Strafbestimmungen nur eine contractliche Geltung hätten, die nicht in Betracht kommen würde, weil die Angeklagten nicht in Mecklenburg, sondern in Stettin geheuert worden. Das Obergericht zu Rostock bemerke außerdem, daß Ungehorsam mit vorzeitiger Verlassung des Schiffsdienstes als Desertion bestraft werde,

wenn der Ungehorsam nicht in Meuterei, Aufruhr oder persönliche Vergewaltigung übergehe. Aber auch die Hanseatische Schiffsordnung von 1614, welche subsidiarisch in Mecklenburg recipirt sei, bedrohe im Tit. IV. §§. 26. 27. Ungehorsam und Widersetzlichkeit gegen den Capitain mit Strafe.

Dem gegenüber führte die von dem Angeklagten erhobene Nichtigkeits=Beschwerde aus:

1) Das Gesetz vom 31. März 1841 sei nur für Preußische Landesverhältnisse erlassen und zur Aufrechthaltung der Mannszucht auf Preußischen Schiffen.

2) Es sei nicht bewiesen, daß die Mecklenburgischen Gesetze Arbeitsverweigerung der Schiffsleute bestraften, vielmehr erhelle aus den Mittheilungen des Obergerichts zu Rostock, daß man sich durch obrigkeitlich bestätigte Stipulationen in der Musterrolle zu helfen suche.

3) Nach dem Str. G. B. §. 4. Nr. 3. werde ein Preuße für Verbrechen im Auslande regelmäßig nur bestraft, wenn die Handlung auch durch die Gesetze des Ortes, wo sie begangen worden sind, mit Strafe bedroht sei. Dieser Ort sei aber im vorliegenden Falle nicht Mecklenburg, sondern Charlestown und Leith im Großbrittanischen Staatsgebiet, woselbst einem bloßen Handelsschiffe keine Exterritorialität zukomme.

Anderer Seits behauptete die Staats=Anwaltschaft, daß Handlungen auf einem Mecklenburgischen Schiffe, obwohl sie auf der Rhede eines Englischen Hafens begangen seien, dennoch unter den Mecklenburgischen Gesetzen stehen, da Schiffe gleichsam Theile des Staatsgebietes seien.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde sodann durch das gedachte Erkenntniß zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Bei näherer Erwägung muß zuförderst die Ansicht des Imploranten zurückgewiesen werden, daß das Gesetz vom 31. März 1841 lediglich zur Aufrechthaltung der Mannszucht auf Preußischen Schiffen bestimmt und nur gegen die hierauf befindlichen Schiffsleute anwendbar sei. Das Gesetz selbst hat dies mit keinem Worte angedeutet; die vaterländische Gesetzgebung, welche sich dem Allg. Landrechte anschloß, hatte überhaupt keinen exclusiven, sondern einen sehr allgemeinen internationalen Character, der auch fremde Interessen nicht unberücksichtigt ließ oder hintansetzte. Unbedenklich steht also auch ein Preuße, welcher auf fremdländischen Schiffen Handlungen begehet, die unter das gedachte Gesetz fallen unter den Strafbestimmungen desselben, wofern deren Anwendbarkeit nicht durch besondere Rücksichten verhindert wird.

Hier kommt nun allerdings die neuere Vorschrift des Str. G. B. §. 4. Nr. 3. in Betracht, daß ein Preuße, welcher im Auslande eine Handlung begehet, die nach Preußischen Gesetzen als Verbrechen oder Vergehen gestraft wird, in diese Strafe nur verfallen soll, wenn die Handlung auch durch die Gesetze des Ortes, wo sie begangen wurde, mit Strafe bedrohet ist. Welche Gesetze als die des Ortes der Begehung im vorliegenden Falle anzusehen seien, ist nicht ohne Zweifel.

Festgestelltermaaßen befand sich das Schiff mit den Angeklagten auf der Rhede von Charlestown und Leith, also in Brittischen Gewässern und Brittischer Staatshoheit und im Bereiche der Brittischen Gesetze. Auf der anderen Seite kommt in Erwägung, daß das Schiff ein Mecklenburgisches war, und daß nach staats- und völkerrechtlichen Grundsätzen Nationalschiffe, d. h. die Schiffe einer aner-

kannten Europäischen Macht, wie unter dem Schutze, so unter den Gesetzen und unter der Gerichtsbarkeit ihres Heimathlandes verbleiben, gewissermaaßen also, d. h. bildlich ausgedrückt, schwimmende Wandertheile des heimathlichen Staatsgebietes darstellen. Inzwischen beruhet diese Auffassung und das ihr zum Grunde liegende Rechtsverhältniß bei Handelsschiffen nur auf offener freier See in voller Wahrheit; sie erstreckt sich dagegen nicht so weit, daß ein Nationalschiff, wenn es sich in geschlossenen oder Eigenthumsgewässern eines anderen Staates befindet, auch hier nur seiner heimathlichen Staatsgewalt unterworfen bleibe und gleichsam einen exterritorialen Theil seines Heimathlandes im fremden Staatsgebiete bildete, sondern anerkanntermaaßen genießen nur Kriegsschiffe die Prärogative der Exterritorialität oder der Exemtion von fremder Staatsgewalt.

Klüber, Völkerrecht §. 55.

Wheaton, histoire du droit des gens. II. §. 16. pag. 293. tom. I. ed. 2.

Desselben, Eléments du droit des gens. I. pag. 124. — 127. ed. 1848.

Wildmann, Internat. Law I. p. 44.

v Kaltenborn, Grundsätze des Seerechts §. 215. III. 4.,

während andere Schiffe und deren Bemannung in fremden Eigenthumsgewässern, wie sonstige fremde Sachen und Personen der ausländischen Staatsgewalt, ihren Gesetzen, Anordnungen und Gerichtsbarkeiten unterworfen werden. Dabei bleibt zwar auch dem Heimathstaate sein Recht über das Schiff und dessen Personal vorbehalten; er kann z. B. das Letztere auch wegen Handlungen in fremden Landen und Gewässern nach seinen Gesetzen verantwortlich machen und strafen; aber er kann seine Gesetze und Gerichtsbarkeit

nicht an Ort und Stelle im fremden Staats- oder Seegebiete geltend machen.

Wenn nun ein Gesetz, wie §. 4. Nr. 3. des Str. G. B. bei Verbrechen oder Vergehen eines Preußen im Auslande darauf zu sehen gebietet, ob die Gesetze des Ortes der Begehung selbige für strafbar erklärt haben, so ist darunter gewiß das Gesetz des Landes, wozu der Ort gehört, oder dessen Statut gemeint, nicht aber das möglicher Weise auf die Sachen oder Personen des Delictes, welche sich an jenem Orte befinden, noch sonst anwendbare Gesetz eines dritten Landes. Diese sind nicht Gesetze des Ortes selbst. Der Hafen ist, wie Vattel im droits des gens. I. 19. §. 216. sagt: „plus particulièrement du territoire que le vaisseau étranger.“

Der Appellations-Richter hätte demnach rechtlich geirrt, wenn er anstatt auf die Brittischen Rechte und Statuten, welche für die Rhede von Charlestown und Leith Geltung haben, sein Absehen auf die Mecklenburgischen Gesetze gerichtet hat und sein hierauf gestütztes Erkenntniß würde der Vernichtung unterliegen, in sofern diese Omission zu einem verschiedenen Resultate führen würde. Dies würde indeß nur unter der Voraussetzung der Fall sein, wenn die incriminirten Handlungen in England schlechthin straflos wären. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu. Denn es hat allerdings eine Parlaments-Acte von 1854 (17. und 18. Vict. c. 104.) nämlich der sogenannte Marchant schipping Act, und zwar in dem Abschnitte über die Disciplin auf den Kauffahrteischiffen (§§. 239—259.) sehr genaue Strafbestimmungen über den hier einschlagenden Fall, nämlich im §. 243. Nr. 4. 5. über Ungehorsam des Schiffsvolkes, unter Nr. 6. über Angriffe auf Schiffsofficiere und in Nr. 7 über Vereinigungen zum Ungehorsam getroffen.

Beziehen sich nun auch, wie allerdings anzunehmen, diese Bestimmungen nur auf Brittische Schiffe, während man sich um die Disciplin auf fremden Schiffen nicht bekümmert und daselbst vorgefallene Verbrechen oder Vergehen nur bestraft, wenn sie zugleich gemeinrechtlich strafbare Verbrechen oder Frevel sind; kann deshalb das angeführte Statut nicht als Gesetz des Ortes im Sinne des Str. G. B. §. 4. Nr. 3. gelten, so tritt doch nunmehr folgende Erwägung ein.

England straft zwar Handlungen der incriminirten Art nicht auf fremden Schiffen; allein es versagt fremden Schiffen auch nicht die Aufrechthaltung der Disciplin am eigenen Bord und läßt sie bei ihren Gesetzen. Diese treten dadurch an die Stelle der Gesetze des Ortes und des Landes. Und so gelangt man allerdings wieder auf die Mecklenburgischen Gesetze zurück, während dem Umstande, daß die Angeklagten in Stettin für das Mecklenburgische Schiff geheuert worden sind, außerhalb der Preußischen Gewässer kein Einfluß zugeschrieben werden kann.

Dann aber durften die Mittheilungen des Rostocker Obergerichts ohne Verletzung eines Rechtsprincips die vollkommene Ueberzeugung geben, daß, wenn auch nicht auf Grund der Musterungsrolle, wonach das Schiffsvolk in Rostock selbst geheuert wird, jedennoch nachdem es solchergestalt geheuert worden ist, vermöge des ohnehin für Rostocker Schiffe geltenden Rechts, insbesondere vermöge des in subsidium geltenden hanseatischen Seerechts, die incriminirten Handlungen strafbar sind.

Aus diesen Gründen hat also die Zurückweisung der Nichtigkeits-Beschwerde erfolgen müssen.

№ 44. (Crimin.-S. Nr. 3.)

Leichte Mißhandlungen. Verjährung und thatsächliche Feststellung derselben im Civilproceß.

1) Ist die Bestrafung leichter Mißhandlungen, wenn sie im Wege des Civilprocesses verfolgt werden, davon abhängig, daß darauf binnen drei Monaten angetragen wird, oder gilt für selbige eine fünfjährige Verjährungsfrist?

   Str. G. B. §§. 46, 50. 186. 187. 189.

   Vergl. Präjudiz des Senats für Strafsachen Nr. 39. (Entscheid. Bd. 26. S. 143.)

2) Wird in Civilprocessen wegen Ehrverletzungen oder leichter Mißhandlungen eine wesentliche Vorschrift des Verfahrens verletzt, wenn, nachdem der Richter erster Instanz, nach vollständiger Verhandlung der Hauptsache, den Kläger auf Grund der Verjährung abgewiesen hat, der Appellations-Richter, der diesen Einwand nicht begründet findet, sich nicht darauf beschränkt, über denselben zu erkennen, sondern, auf Grund einer Wiederholung der Beweisaufnahme, die von dem ersten Richter unterlassene thatsächliche Feststellung für die Hauptsache bewirkt und in dieser erkennt?

   Verordnung vom 14. December 1833 §. 5.

   Declaration vom 6. April 1839 Art. 3.

A. G. O. Thl. I. Tit. 10. Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 103. 108. §§. 63. 68—71.*)

Der Handelsmann R. war am 3. December 1854 von dem Verklagten O. durch Schläge mißhandelt worden. Er hatte die Bestrafung des Letzteren beantragt, war aber unterm 27. December 1854 benachrichtigt worden, daß der Staats-Anwalt zur strafrechtlichen Verfolgung des O. keine hinreichende Veranlassung gefunden habe. Erst im März und April 1857 brachte er hierauf die Klage an. Der Verklagte machte in dem eingeleiteten Civilprocesse, neben der Bestreitung der in der Klage behaupteten Thatsachen, den Einwand der Verjährung. Dieser Einwand wurde, nachdem auch über jene Thatsachen Beweis aufgenommen war, von dem Richter erster Instanz, unter Bezugnahme auf §. 50. des Str. G. B., für begründet erachtet und deshalb der Kläger mit seiner Klage abgewiesen, ohne daß die Gründe des Erkenntnisses sich darüber aussprachen, welches Resultat die stattgehabte Beweisaufnahme gewährt habe.

Auf die von dem Kläger eingewandte Appellation hob der Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Hamm, nachdem bei der mündlichen Verhandlung die Aussagen der in der ersten Instanz vernommenen Zeugen verlesen und die Parteien darüber gehört waren, durch sein Erkenntniß vom 5. Juli 1858 das erste Erkenntniß auf und verurtheilte den Verklagten wegen Mißhandlung des Klägers zu Strafe, wobei der Einwand der Verjährung für nicht durchgreifend erachtet wurde, weil zu den nur auf den Antrag einer

*) Vergl. Entscheidungen Bd. IX. S. 131—133., Bd. XI. S. 120. 121.

Privatperson zu strafenden Vergehen (§. 50. des Str. G. B.) das der vorsätzlichen, wenn auch nur leichten Mißhandlung nicht gehöre und solches nach §. 46. und 187. des Str. G. B. erst in fünf Jahren verjähre.

In der hiergegen von dem Verklagten eingelegten Nichtigkeits-Beschwerde wurde dem Appellations-Richter

1. vorgeworfen, die §§. 46., 50., 187., 189. und 160. des Str. G. B. verletzt zu haben, da, — in welcher Beziehung auf das Präjudiz Nr. 60. vom 9. November 1853 (Entscheidungen Bd. 26. S. 421.) hingewiesen wurde, — auf leichte Mißhandlungen, wenn die Staats-Anwaltschaft nicht einschreite, die §§. 189. und 160. des Str. G. B., und daher nicht die fünfjährige Verjährungsfrist des §. 46., sondern die dreimonatliche des §. 50. Anwendung finde, welche, ebenso wie bei Ehrverletzungen, durch Art. XVII. des Einführungsgesetzes vom 14. April 1851 nicht ausgeschlossen werde. Sodann sollte

2. der Appellations-Richter nicht in der Sache selbst haben erkennen, sondern nur unter Verwerfung des Einwandes der Verjährung, über welchen allein in erster Instanz erkannt sei, die Sache zur Entscheidung in die erste Instanz haben zurückweisen dürfen. Dadurch, daß dies nicht geschehen, sollte, nach Art. 108. und 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852, eine wesentliche Vorschrift des Verfahrens verletzt sein.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, zweite Abtheilung, hat am 14. April 1859 die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen und zwar

in Erwägung, daß die Bestrafung vorsätzlicher leichter Mißhandlungen von einem Antrage des Verletzten nicht abhängig ist, dieselbe vielmehr auch ohne solchen Antrag, auf die von der Staats-Anwaltschaft erhobene Anklage,

erfolgen kann (vergl. Präjudiz des Senats für Strafsachen Nr. 39.; Entscheid. Bd. 26. S. 143.)

daß daher das Vergehen vorsätzlicher leichter Mißhandlungen oder Körperverletzungen nicht zu den Vergehen gehört, für welche der innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist von einer Privatperson gemachte Bestrafungs-Antrag dergestalt Bedingung der Bestrafung ist, daß diese nur auf Antrag einer Privatperson erfolgen kann;

daß mithin dasselbe nicht unter die Bestimmung des §. 50. des Str. G. B., sondern unter die des §. 46. a. a. O. fällt;

daß dasselbe auch nach der Stellung, welche es im Str. G. B. Thl. II. Tit. 16. §. 187 ff. erhalten hat, nicht zu den im §. 160. gedachten Ehrverletzungen gehört, der §. 189. aber nur bestimmt:

> daß, wenn wegen vorsätzlich zugefügter leichter Körperverletzungen oder Mißhandlungen die Privatklage erhoben ist, die im dreizehnten Titel bei den Ehrverletzungen über den Antrag auf Bestrafung und die Zurücknahme des Strafantrages gegebenen Bestimmungen — also die in den §§. 160. Abs. 2., 161., 162. gegebenen (vergl. §. 143. im Schlußsatze §§. 153. 188.) — zur Anwendung kommen,

mithin nicht auch, und zwar auch nicht für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft nicht einschreitet, sondern Privatklage erhoben wird, auf solche Mißhandlungen die Fristbestimmung des §. 50. für anwendbar erklärt,

daß daher der Appellations-Richter, indem er den von dem Verklagten gegen die von dem Kläger wegen einer am 3. December 1854 erlittenen Mißhandlung erst am 25. März 1857 angestellte Klage, gemachten Einwand der Verjährung für nicht begründet erklärt und

die §§. 46., 187. des Str. G. B. angewandt hat, weder diese Gesetze noch die §§. 50., 189., 160. des Str. G. B. verletzt hat;

in fernerer Erwägung, daß dahin gestellt bleiben kann, ob in einem reinen Civilprocesse da, wo der Richter erster Instanz, nach stattgehabter vollständiger Verhandlung und Beweisaufnahme über die das Fundament der Klage bildenden Thatsachen und über die der Klage entgegengesetzten Einreden, im Tenor seines Erkenntnisses die Klage aus einem von ihm in den Entscheidungsgründen allein zur Beurtheilung gezogenen und für begründet erachteten Präjudicial-Einwande zurückgewiesen hat, der Appellations-Richter sich auf Beurtheilung eben dieses Einwandes und falls er denselben für unbegründet erachtet, darauf beschränken müsse, denselben durch Erkenntniß zu verwerfen, ohne in der Hauptsache zu erkennen, und ob, wenn dies nicht geschieht, eine Proceß-Vorschrift verletzt wird, wie sie in der Verordnung vom 14. December 1833 §. 5. und in der Declaration vom 6. April 1839 Art. 3. allein als wesentlich bezeichnet sind;

daß nämlich die Grundsätze des Civilproceß-Verfahrens und die Vorschriften über Richtigkeitsgründe in Civilprocessen, soweit sie sich auf die Beweisregeln beziehen, für das, Ehrverletzungen und leichte Mißhandlungen betreffende Civilproceß-Verfahren nur unter den Modificationen Anwendung finden, welche sich aus der Aufnahme von Principien des Strafverfahrens Rücksichts der Beweistheorie in das solche Ehrverletzungen und Mißhandlungen zum Gegenstande habende Civilproceß-Verfahren und namentlich aus den Bestimmungen des Gesetzes vom 11. März 1850 §§. 6., 8. (Ges.-S. S. 174.), sowie aus denen des Gesetzes vom 3. Mai 1852 Art. 101.

al. 2. und 3., Art. 102., 103., — durch welche letztere Vorschrift die für das Strafverfahren getroffenen Bestimmungen über die Befugniß des Appellations-Richters zur Unterstützung der Feststellungen des ersten Richters auf die Acten zurückzugehen, event. die Beweisaufnahme zu wiederholen, desgleichen über seine Befugniß resp. Verpflichtung das erste Erkenntniß aufzuheben und anderweit in der Sache zu erkennen, oder solche zur ersten Instanz zurückzuweisen, auf derartige Civilprocesse ausgedehnt sind — ergeben, und nach diesen Bestimmungen der Appellations-Richter die in erster Instanz stattgehabte Beweisaufnahme, — wie er dies durch Verlesung der Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen und durch Anhörung der Parteien mit ihren Vorträgen darüber (Präj. Nr. 168. — Entscheidungen Bd. 33. S. 243.) gethan hat, — zu wiederholen und auf Grund dieser Wiederholung der Beweisaufnahme selbstständig die vom ersten Richter unterlassene thatsächliche Feststellung zu bewirken befugt war,

daß deshalb der von dem Imploranten als verletzt bezeichnete von ihm dahin formulirte Satz:

> daß in Injurien-Sachen der Appellations-Richter, wenn er die vom ersten Richter für durchgreifend erachtete Einrede der Verjährung verwerfe, nicht sofort in der Sache selbst auf Strafe erkennen dürfe, sondern unter Verwerfung der Einrede der Verjährung die Sache zur Entscheidung in die erste Instanz zurückweisen müsse,

nicht für richtig anzuerkennen ist, Rücksichts desselben daher auch dahin gestellt bleiben kann, ob er auf eine wesentliche Proceß-Vorschrift im Sinne der Verordnung vom 14. December 1833 §. 4. Nr. 2. §. 5. und der Decla-

ration vom 6. April 1839 Art. 3. Bezug, oder doch für einen wesentlichen Grundsatz des Verfahrens im Sinne des Art. 108. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 zu gelten haben würde.

№ 45. (Crimin.-S. Nr. 4.)

Actenwidrigkeit in Bezug auf die Schuld- und Beweisfrage.

In Bezug auf die Beweis- oder Schuldfrage ist die Behauptung einer stattgefundenen Actenwidrigkeit kein zur Begründung der Nichtigkeits-Beschwerde geeigneter Vorwurf. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 257.

Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 22.
Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 107.

Der zu H. wohnhafte Carl Anton T. war durch das rechtskräftige Erkenntniß des vormaligen Ober-Landesgerichts zu Münster vom 5. September 1848 wegen Theilnahme an einem Tumulte, zu einer achtmonatlichen Zuchthausstrafe und zum Verluste der National-Cocarde verurtheilt worden. In einer von ihm als Nichtigkeits- resp. Restitutions-Gesuch bezeichneten, dem Kreisgerichte zu Hamm überreichten Eingabe vom 3. März 1858 kamen mehrere Stellen vor, die die Mitglieder des vormaligen Ober-Landesgerichts zu Münster bei Fällung des erwähnten Erkenntnisses der Ungerechtigkeit beschuldigten und sie als Schurken und Spitzbuben bezeichneten. Deshalb zur Un-

tersuchung gezogen, wurde T. durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Hamm vom 22. September 1858 wegen Beleidigung öffentlicher Beamten in Beziehung auf ihren Beruf im wiederholten Rückfalle, mit einer Gefängnißstrafe von drei Monaten bestraft. Auf seine Appellation bestätigte der Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Hamm am 17. December 1858 das erste Urtel und hiergegen legte der Angeklagte die Nichtigkeits-Beschwerde ein. In derselben behauptete er unter Anderem, daß der Appellations-Richter durch seine Annahme, daß durch die Eingabe vom 3. März 1858 die Mitglieder des ehemaligen Ober-Landesgerichts zu Münster in Bezug auf ihren Beruf beleidigt worden seien, gegen den klaren Inhalt der Acten verstoße. Er suchte des Näheren nachzuweisen, daß die ihm zur Last gelegten Stellen jenes Gesuches keine Beleidigungen enthalten und er daher freizusprechen sei.

Bei Prüfung der Nichtigkeits-Beschwerde kam die Frage zur Sprache:

> ob die Behauptung einer stattgefundenen Actenwidrigkeit in Bezug auf die Beweis- oder Schuldfrage ein zur Begründung der Nichtigkeits-Beschwerde geeigneter Vorwurf sei?

Die zweite Abtheilung des Senats für Strafsachen bei dem Ober-Tribunal hielt dafür, daß diese Frage verneint werden müsse, sah sich jedoch behindert, in dieser Weise sofort zu erkennen, weil bei der ersten Abtheilung desselben Senats mehrere Entscheidungen ergangen waren, die die Möglichkeit der Zulassung eines solchen Angriffs in der Nichtigkeits-Beschwerde-Instanz anerkannten. Es verwies deshalb die zweite Abtheilung die Sache an das Plenum des Senats für Strafsachen und dasselbe hat am 27. Juni 1859 in Erwägung, daß die von dem Angeklagten in seiner Nichtig-

keits-Beschwerde aufgestellte Behauptung, daß der Appellations-Richter durch seine Annahme, daß der Angeklagte durch seine in Rede stehende Eingabe vom 3. März 1858, und insbesondere durch die beiden darin enthaltenen incriminirten Stellen die Richter des Criminal-Senats, sowie des zweiten Senates des vormaligen Ober-Landesgerichts zu Münster in Beziehung auf ihren Beruf beleidigt habe, gegen den klaren Inhalt der Acten verstoße, einen unzulässigen zur Begründung der Richtigkeits-Beschwerde ungeeigneten Angriff gegen die thatsächliche Feststellung des Appellations-Richters enthält;

daß daher die An- und Ausführungen des Angeklagten, welche es bezwecken, die von ihm behauptete Actenwidrigkeit näher darzulegen, keiner besonderen Erwähnung und Erörterung bedürfen, vielmehr unberücksichtigt auf sich beruhen bleiben müssen;

daß der Satz, daß in Bezug auf die auch hier nur in Contestation befindliche Beweis- oder Schuldfrage die Behauptung einer stattgefundenen Actenwidrigkeit kein zur Begründung der Richtigkeits-Beschwerde geeigneter Vorwurf ist, daraus von selbst folgt, daß die ganze Beweis- oder Schuldfrage lediglich zur Cognition der Instanzrichter gehört, und ihre Prüfung und Beantwortung gänzlich dem Richtigkeits-Richter entzogen ist, weil nach dem Art. 107. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 die Richtigkeits-Beschwerde nur Platz greifend ist, 1) wegen Verletzung oder unrichtigen Anwendung eines Gesetzes oder Rechtsgrundsatzes; und 2) wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens;

daß nämlich sich die Behauptung einer bei den thatsächlichen Feststellungen und Erwägungen der Instanzrichter vorgekommenen Actenwidrigkeit nicht als der Vorwurf der

Verletzung oder unrichtigen Anwendung eines Gesetzes oder eines Rechtsgrundsatzes auffassen läßt, und daß es sich deshalb nur fragen kann, ob in einer solchen Behauptung der Vorwurf der Verletzung oder unrichtigen Anwendung einer wesentlichen Vorschrift oder eines wesentlichen Grundsatzes des Verfahrens anzutreffen ist;

daß Letzteres jedoch gleichfalls entschieden verneint werden muß;

daß es zwar für das Civil-Proceß-Verfahren nach dem §. 5. Nr. 10. lit. b. der Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeits-Beschwerde vom 14. December 1833 als die Verletzung einer wesentlichen Proceß-Vorschrift angesehen werden soll, wenn der aus einer bestimmten Erklärung einer Partei entnommene Entscheidungsgrund dem wörtlichen Inhalte dieser Erklärung entgegen ist, oder wenn eine Thatsache im Falle einer stattgefundenen Beweisaufnahme gegen den wörtlichen Inhalt der beigebrachten oder aufgenommenen Beweismittel festgestellt worden ist;

daß diese mit Rücksicht auf die für das gewöhnliche oder ordentliche Civil-Proceß-Verfahren annoch in voller Geltung bestehenden positiven Beweisregeln gegebene Vorschrift aber für das gegenwärtige Straf-Proceß-Verfahren in keiner Weise in Betracht gezogen werden kann, da für das Letztere durch den §. 22. der Verordnung vom 3. Januar 1849 die bisherigen positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise außer Anwendung gesetzt sind, und zugleich bestimmt worden, daß der erkennende Richter unter genauer Prüfung aller Beweise für die Anklage und Vertheidigung nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der vor ihm erfolgten Verhandlungen

geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden hat, ob der Angeklagte schuldig oder nichtschuldig sei;

daß in dieser Freiheit der hinsichtlich der Beweis- oder Schuldfrage gewonnenen Ueberzeugung es selbst liegt, daß in Bezug auf dieselbe der Instanzrichter keiner Controlle oder Critik in der Richtigkeits-Instanz unterworfen sein kann, und daß es hiermit geradezu im Widerspruche stehen würde, wenn die Richtigkeits-Beschwerde auf den Vorwurf einer Actenwidrigkeit, deren sich die Instanzrichter bei der Entscheidung der Schuldfrage schuldig gemacht, sollte gegründet werden können, und wenn demzufolge der Richtigkeits-Richter sich einer Prüfung und Erörterung darüber zu unterziehen haben sollte, ob die behaupteten Actenwidrigkeiten wirklich vorgekommen seien, oder nicht;

daß eine solche Prüfung und Erörterung vielmehr für die Richtigkeits-Instanz als gänzlich ausgeschlossen angesehen werden muß;

daß es sich dagegen, was aber nicht hierher gehört, von selbst versteht, daß, wie sich schon aus dem Schlußsatze des Art. 78. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 ergiebt, die Prüfung der Förmlichkeiten des Verfahrens, namentlich auch, was die Competenz der Gerichte, die Zulässigkeit der Rechtsmittel, die Beobachtung der vorgeschriebenen Fristen rc. betrifft, dem Richtigkeits-Richter unbedingt und unbeschränkt zusteht, ohne dabei durch die Annahmen der Instanzrichter, wenn dieselben mit dem Inhalte der Acten nicht übereinstimmen, gebunden zu sein, und daß daher in solcher Hinsicht der Richtigkeits-Richter mit darüber zu cognosciren hat, ob dergleichen Annahmen mit dem Inhalte der Acten im Widerspruche stehen oder nicht;

für Recht erkannt:

daß die von dem Angeklagten gegen das Erkenntniß des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Hamm vom 17. December 1858 erhobene Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 46. (Crimin.-S. Nr. 5.)

Begriffsbestimmung eines öffentlichen Beamten.

Ist der General-Intendant der Königlichen Schauspiele ein öffentlicher Beamter, im Sinne des §. 102. und 331. des Str. G. B.?

Diese Frage ist am 25. März 1859 von der Ersten Abtheilung des Criminal-Senats in einer Untersuchung, welche gegen zwei Beschuldigte wegen Beleidigung des General-Intendanten der Königlichen Schauspiele in Beziehung auf sein Amt eingeleitet war, durch cassatorisches Erkenntniß aus nachstehenden Gründen bejahend entschieden:

Das Stadtgericht hat beide Beschuldigte am 2. October 1858 freigesprochen, und das Kammergericht am 25. Januar 1859 dieses Urtel, auf die Berufung der Staats-Anwaltschaft, bestätigt.

Von dem Ober-Staats-Anwalt ist dawider am 2. Februar die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt worden.

Die Gründe, aus welchen die Hinfälligkeit der Anklage von den bisherigen Richtern hergeleitet ist, vereinigen sich in dem Satze:

der General-Intendant der Königlichen Schauspiele sei kein öffentlicher Beamter im Sinne des §. 102. und

eine Privatbeleidigung desselben, dafern eine solche überhaupt anzunehmen wäre, weil sie von ihm selbst nicht gerügt worden, straffrei.

Im Einzelnen wird für jenen Satz in den Entscheidungsgründen des Kammergerichts Folgendes angeführt:

Unter einem öffentlichen Beamten sei im §. 102., wie die Staats-Anwaltschaft selbst anerkenne, ebenso wie im §. 331. ein Staatsbeamter zu verstehen, es sei im unmittelbaren oder mittelbaren Staatsdienste. Staatsdiener könne aber wiederum nur derjenige sein, dessen Leistungen zum Staate in Beziehung stehen und der Mitglied einer Behörde sei, welche in die Verfassung des Staates organisch eingreife, übrigens auch vom Oberhaupte des Staates, als solchem, zur Ausübung der unmittelbaren Zwecke des Staates bestellt sei. Dieses sei bei dem General-Intendanten der Königlichen Schauspiele keinesweges der Fall. Zwar gehörten Letztere zu den Anstalten, welche Einfluß auf die allgemeine Bildung haben und sie seien deshalb auch durch das Publicandum vom 16. December 1808 Nr. 10c. der damaligen Unterrichts-Abtheilung im Ministerium des Innern überwiesen worden. Allein das treffe auch bei allen übrigen Theatern zu; sie ständen in ihrem Einflusse den öffentlichen Darstellungen von Privatkünstlern und Gelehrten gleich, welche darum auch noch keine Staatsbeamten seien. Kein Gesetz habe im Besonderen den Königlichen Schauspielen die Verfolgung eines Bildungs- oder sonstigen Staatszweckes zur Pflicht gemacht, so daß sich etwa sagen ließe, sie seien bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten oder befördern zu helfen, was nach dem Allg. Landr. Thl. II. Tit. 10. §. 1. die vorzügliche Bestimmung der Militär- und Civilbedienten sei. Demnächst erhalte

der General-Intendant sein Gehalt nicht aus einer Staatscasse, sondern aus der Kron-Fideicommißcasse, welche überhaupt Eigenthümerin des Instituts sei. Und möge auch der General-Intendant nicht wie die Schauspieler contractlich, sondern auf Lebenszeit mit Pensions-Ansprüchen angestellt sein, seine Bestallung auch von des Königs Majestät vollzogen werden, so seien das doch nur Analogien des Staatsdienstes, ohne diesen selbst zu begründen. Der König wähle den General-Intendanten nach eigenem Ermessen und die Grundsätze der Verfassungs-Urkunde von 1850 in Beziehung auf die Staatsämter erlitten darauf keine Anwendung. Wenn nun ferner allenfalls zugegeben werden könne, daß der Chef des Haus-Ministeriums und die Beamten der unter ihm stehenden Hofkammer öffentliche (Staats-) Beamte seien, so folge daraus doch nicht, daß der vom Haus-Ministerium ressortirende General-Intendant der Schauspiele selbst ein Haus-Ministerial- oder Hofkammer-Beamter sei. Er gehöre vielmehr, wie es auch im Hof- und Staatskalender scharf getrennt sei, zum Hofstaate Sr. Majestät und wolle man ihn einen Beamten nennen, so sei er ein Hofstaats- als solcher aber nur Privatbeamter des Königs und kein Staatsbeamter. Zwischen beiden sei in der Gesetzgebung wie in der Praxis vorlängst unterschieden, nicht aber eine Gleichstellung beliebt worden. Unerheblich sei, daß dem General-Intendanten von des Königs Majestät eine gewisse Disciplinargewalt über das Personal des Theaters eingeräumt worden. Dieselbe erweitere nur den Umfang seiner privatrechtlichen Befugnisse, mache ihn aber nicht zu einem Staatsbeamten, auch sei er zufolge der Anklage nicht in Bezug auf sein Verhältniß zu den Untergebenen, sondern in seiner Stellung zum Publicum angegriffen worden. Wenn ihm endlich noch das

Königliche Orchester untergeben und der im Jahre 1800 gegründeten Orchester-Stiftung zum Besten der Wittwen und Waisen der Orchester-Mitglieder die Königliche Sanction in der academischen Edicten-Sammlung zu Theil geworden sei, so wäre doch hiermit das Orchester keineswegs zu einer Staatsanstalt und ihr Vorsteher zu keinem Staatsbeamten erhoben worden.

Dieser Ausführung entgegen, behauptet der Königliche Ober-Staatsanwalt in seiner Richtigkeits-Beschwerde:

I. Im Sinne des Allg. Landrechts, der Allg. Gerichts-Ordnung und der zu ihrer Zeit geltenden Staatsverfassung zählten alle Königliche Beamte, demnach auch die zunächst im Dienste der Krone und des Königlichen Hofes stehenden zu den unmittelbaren Staatsbeamten. Und obschon in verschiedenen Gesetzen Hof- und Staatsdiener von einander gesondert worden, so seien sie doch wiederum in anderen Gesetzen einander gleichgestellt, namentlich in der Allg. Gerichts-Ordnung Thl. I. Tit. 2. §. 53., in dem Allg. Landrecht Thl. II. Tit. 11. §. 283. und in dem Allerh. Erlasse vom 14. August 1852, betreffend die Rechtsverhältnisse der Fürstlich Hohenzollernschen Häuser.

II. Der General-Intendant der Königlichen Schauspiele sei als öffentlicher Beamter anzusehen, weil

1) das von ihm geleitete Institut eine Anstalt zur Hebung und Förderung der allgemeinen Bildung sei und der Staat dasselbe, als zu Staatszwecken dienend, durch Unterhaltung der Gebäude des Opern- und Schauspielhauses anerkenne; weil er ferner

2) gleich eigentlichen Staatsbeamten auf Lebenszeit mit Pensions-Ansprüchen angestellt worden; endlich

3) Befugnisse habe, welche sich mit der Stellung eines Privatbeamten nicht vereinigen ließen, im Besondern eine ausgedehnte Polizeigewalt zufolge des mit Königlicher Cabinets-Ordre vom 7. Juli 1845 eingeführten Theater-Reglements.

Demnächst ist beantragt: unter Vernichtung des Urtels des Kammergerichts die Sache zur anderweiten Entscheidung der Anklage in die zweite Instanz zurückzuverweisen.

Dieser Antrag stellt sich im Wesentlichen als begründet dar. Zwar fehlt es an einer speciellen Bestimmung darüber, was ein öffentliches Amt im Sinne der §§. 12.[2] 22. 25. des Str. G. B. und wer zu den öffentlichen Beamten in den §§. 102. 331. ebendas. zu zählen sei; indessen läßt sich wenigstens in Betreff gewisser Beamten und Kategorien derselben, theils nach herrschenden practischen Begriffen, theils im Hinblick auf anderweite gesetzliche Vorschriften und Einrichtungen zu einer Entscheidung gelangen.

Geschichtlich liegt außer Zweifel, daß es ehemals bis in die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts hinein, in den deutschen Territorien unter landesfürstlicher Botmäßigkeit nur landesherrliche Diener oder Bediente, Kirchendiener, Communaldiener und Diener von Patrimonial-Obrigkeiten gab, welche sämmtlich nur in privatrechtlichen Verhältnissen zu dem Dienstherrn in hergebrachter Weise standen. Einen Staat gab es nur im Reiche der deutschen Nation.

Nachdem die Doctrin den Begriff des Staates, eines staatlichen Gemeinwesens, auch auf die Territorien in Deutschland übertragen hatte, kam es allmählig auch zu einer Berücksichtigung dieses Elementes bei den verschiedenen Aemtern; es entstand der Begriff des Staatsdienstes und die Classe der Staatsdiener, im Gegensatz der Privatdiener des Landesherrn, der Corporationen u. s. w. — Pu-

fendorf, I. Nat. et Gent. VII. 2. §. 24. — und ging auch in die vaterländische Gesetzgebung und Praxis seit König Friedrich II. über.

So handelt denn auch das Allg. Landrecht in einem eignen Titel, und zwar im Anschlusse an diejenigen Titel, welche das singuläre Recht der verschiedenen Stände betreffen, von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates, als welche vorzüglich dazu bestimmt seien, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen (Thl. II. Tit. 10. §. 1.). Sie werden in Militair- und Civilbediente getheilt und zu Letzteren alle „Beamte des Staates," welche zum Militairstande nicht gehören, als unter der allgemeinen Benennung von Civilbedienten begriffen gezählt, sowohl wenn sie in unmittelbaren Diensten des Staates oder nur bei gewissen demselben untergeordneten Collegien, Corporationen nnd Gemeinden stehen (§§. 68. 69.). Das Recht Staatsämter und Würden zu verleihen, wird sodann zwar im Tit. 13. §. 7. für ein Recht des Staatsoberhauptes erklärt, gleichwohl auch anerkannt (Tit. 10. §. 71.), daß die Frage wegen des Rechts zur Besetzung von Civilbedienungen durch besondere Gesetze und Instructionen bestimmt sei.

Im Allgemeinen wird man nun mit der Annahme nicht fehl gehen, daß das Allg. Landrecht gleich der Doctrin seiner Zeit unter einem Staatsdiener eine Person verstanden haben wolle, welche den bestimmten Beruf von dem Landesherrn oder einem anderen, durch ihn dazu Berechtigten empfangen hat, für einen der s. g. Zwecke des Staates (von denen §. 1. des A. L. R. Thl. II. Tit. 10. einige vorzüglich aber nicht ausschließlich hervorhebt) in einem gewissen Umfange thätig zu sein. Die spätere Gesetzge-

bung hat darin nichts geändert oder genauer bestimmt; die neueste gebraucht abwechselnd die Worte: öffentliche Aemter und Staatsämter; öffentliche Beamte und Staatsdiener. (Vergl. Verfassungs-Urkunde, Art. 4. 23. 47. 88. 97. 98. 102.) Man darf hiernach der bereits oben erwähnten Ausdrucksweise des Strafgesetzbuches, wenn es von öffentlichen Beamten und Aemtern spricht, keinen anderen Sinn unterlegen, sollte auch dabei noch besonders die französische legislative Ausdrucksweise durch fonctionnaire public vorgeschwebt haben. — Denn indem §. 331. von „allen öffentlichen Beamten" redet, „sie mögen in unmittelbarem oder mittelbarem Staatsdienste stehen, auf Lebenszeit oder nur zeitweise oder vorläufig angestellt sein, einen Diensteid geleistet haben oder nicht," hat er deutlich genug auf die in der Preußischen Monarchie vorherrschende Auffassung des Staatsdienstes hingewiesen.

Ob nun der Beruf oder das Amt eines General-Intendanten der Königlichen Schauspiele, in Beziehung auf welches der gegenwärtige Inhaber desselben beleidiget sein soll, ein öffentliches Amt und derselbe ein öffentlicher Beamter oder Staatsdiener sei, kann wesentlich nur nach dem entwickelten Begriff des Staatsdienstes und Staatsamtes beurtheilt werden. Seiner Anwendung steht aber nicht entgegen, daß nach dem Staatsherkommen der Königliche General-Intendant zu dem Hofstaate Sr. Majestät des Königs gehört und gerechnet wird; denn die weiter daraus von den vorigen Richtern gezogene Folgerung, daß demnach der General-Intendant der Königlichen Schauspiele ein Privatbeamter Sr. Majestät sei, ist für sich allein nicht gerechtfertiget. Es mag im Allgemeinen Hofdienst und Staatsdienst gar wohl von einander zu scheiden und was auf den einen paßt nicht auch schlechthin für den an-

deren zutreffend und anwendbar sein; gewiß aber stehen sie in keinem so exclusiven Gegensatze, daß mit einem Hofamte nicht zugleich Rechte und Pflichten eines Staatsamtes vereinigt sein könnten und umgekehrt. Zunächst ist nicht zu vergessen, daß die Haltung eines Hofstaates ein persönliches Majestätsrecht des Souverains ist, zu dem Glanze und Ansehen der Monarchie dient und daher nicht außerhalb des Staates selbst liegt. Sodann kann es „die gute Ordnung" und die Sorge dafür gar wohl mit sich bringen, das Hofdienstpersonal im Ganzen oder in einzelnen Abtheilungen unter gewisse Aemter und Beamte für jenen Zweck zu stellen; endlich, und das wird besonders im gegenwärtigen Falle entscheidend sein, kann ein Hof-Institut zugleich, ja ganz vorzüglich auch zu einem Institut für gewisse staatliche Zwecke gemacht und in so fern der Verwaltung und den dabei angestellten Beamten zugleich ein staatlicher Charakter gegeben worden sein. Kein Gesetz, kein Princip, steht einer solchen Verbindung entgegen. Schwerlich wird sich nun leugnen lassen, daß dem Institut der Königlichen Schauspiele, nachdem sie dem Publicum zum Mitgenuß unter gewissen Bedingungen eröffnet sind, die Eigenschaft einer Kunstanstalt für die Einwohner des Staats anklebt, durch welche, richtig geleitet und benutzt, der Sinn für das Schöne und der gute Geschmack geweckt und befördert werden kann. Auch dies fällt in den Bereich der Staatszwecke; es fällt — in der Sprache des A. L. R. Thl. II. Tit. 13. §. 3. — unter die Sorge für Anstalten, wodurch den Einwohnern des Staates Mittel und Gelegenheit verschafft werden, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden und dieselben zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden. Und in dieser Hinsicht hat auch das **Publicandum** vom 16. December 1808 über die veränderte Ver-

fassung der obersten Staatsbehörden, desgleichen die Verordnung vom 27. October 1810 die Theater zu den Anstalten gerechnet, welche Einfluß auf die allgemeine Bildung haben. Ebendaselbst sind aber auch die (damaligen allein Königlichen) Theater der Residenzien der eigenen vom Hofe ressortirenden Direction unterworfen, mit Exemtion von dem Ministerium des Innern, und es ist hierin etwas Wesentliches nicht mehr geändert worden. Hiermit war in einem ursprünglichen Hofinstitut ein öffentliches Kunstinstitut mit einer eigenen verantwortlichen Direction und Verwaltung von Staatswegen ebensowohl begründet, wie es so manches Museum für künstlerische oder wissenschaftliche Zwecke zum socialen Gebrauch und Nutzen ist. Daß es auch Privatanstalten derselben Art geben kann, ist unleugbar, ohne daß sie deshalb in die Reihe der Staatsanstalten treten; allein es folgt daraus keinesweges, daß nicht der Staat eine öffentliche Anstalt der Art mit besonderen Aemtern zur Beförderung seiner Zwecke haben oder ein ursprüngliches Hofinstitut dafür mit staatlicher Autorität wirken lassen könne. Eine Betheiligung des Staates spricht sich jedenfalls darin aus, daß die Königlichen Theatergebäude aus der Staatscasse unterhalten werden.

Kurz, das Institut der Königlichen Schauspiele erscheint zugleich als öffentliche Anstalt für staatliche Zwecke und die dabei zur Leitung der Anstalt für ihre Zwecke sowie zur Handhabung der Ordnung sowohl im Innern der Anstalt, wie dem Publicum gegenüber geübte Autorität kann nur als eine staatliche angesehen werden; folglich auch der sie ausübende mit bestimmten Instructionen versehene Beamte nur als öffentlicher oder Staatsbeamter. Die Anordnung des Amtes, die Ernennung dazu, die Ertheilung oder Bestätigung dienstlicher Instructionen, wodurch

die amtlichen Rechte und Pflichten bestimmt werden, (A. L. R. Thl. II. Tit. 10. §. 85.) sind zu ihrer Zeit von der höchsten Autorität im Staate (ebendas. Thl. II. Tit. 13. §. 1.) ausgegangen. Eine neuere gesetzliche Anordnung, wodurch Hof- und Staatsdienst ganz von einander geschieden und ihre Verbindung für unzulässig erklärt wäre, ist nicht getroffen. Ein in der Verfassungs-Urkunde Art. 98. in Aussicht gestelltes Staatsdienstgesetz ist zur Zeit nicht ergangen, wohl aber durch Art. 110. verordnet, daß alle durch die bestehenden Gesetze angeordneten Behörden bis zur Ausführung der sie betreffenden organischen Gesetze in Thätigkeit blieben. Es ist also auch das besondere Ressortverhältniß des Königlichen General-Intendanten, seine Stellung in disciplinarischer Hinsicht, die Casse, woraus er das Gehalt bezieht, ohne Einfluß. Seine Verantwortlichkeit richtet sich nach den allgemeinen Gesetzen des Staates und nach den erhaltenen Instructionen. Hieraus folgt aber, daß eine ihm in Bezug auf seinen Beruf widerfahrene Beleidigung unter §. 102. des Str. G. B. fällt.

Es konnte daher nur die Vernichtung des die Stellung des Königlichen General-Intendanten verkennenden Appellations-Urtels ausgesprochen werden.

№ 47. (Crimin.-S. Nr. 6.)

Mord. Theilnahme durch Anstiftung und Hülfeleistung. Irrthum in der Person des Getödteten.

Ist bei dem Morde ein Seitens des Thäters vorgefallener Irrthum in der Person des Getödteten

von Einfluß auf die Zurechnung des eingetretenen Erfolges und auf die Strafbarkeit des Thäters, desgleichen auf die des Theilnehmers durch Anstiftung oder Hülfeleistung?

Str. G. B. §§. 175. 31. 32. 34. 35.

Am 11. September 1858 Abends zwischen 8 und 9 Uhr war der Gymnasiast Harnisch auf seinem Heimgange von Schiepzig nach Liesnau durch Schüsse und Zertrümmerung des Schädels getödtet worden. Der Verdacht, denselben und zwar in der Meinung, daß solches der Zimmergeselle Schliebe sei, getödtet zu haben, fiel auf den Handarbeiter Rose, und der Verdacht, den Letzteren zur Ermordung des gedachten Zimmergesellen Schl. angestiftet und gedungen zu haben, auf den Holzhändler Rosahl. Beide wurden am 18. Februar 1859 vor das Schwurgericht zu Halle gestellt, und zwar:

1) Rose, außer wegen Diebstahls und Diebstahls-Versuchs, unter der Anklage:

   am 11. September 1858 den Gymnasiasten H., welchen er in der Dunkelheit für den Zimmergesellen Schl. hielt, am Sch.er Communications-Wege durch mehrere Schüsse und Kolbenschläge vorsätzlich und mit Ueberlegung getödtet zu haben;

2) Rosahl, außer wegen Theilnahme an einem Diebstahle und an einem versuchten Diebstahle, unter der Anklage:

   an dieser (der zu 1. angegebenen) am 11. September 1858 durch Rose verübten That dadurch Theil genommen zu haben, daß er

   1) den Rose durch das Versprechen, ihm 300 Thlr. sofort und 1 Thlr. wöchentlich für seine Lebenszeit

zu zahlen, zur Begehung derselben angereizt und verleitet und

2) dem Rose zur Begehung des Verbrechens Anleitung gegeben, ihm auch Waffen und Werkzeuge, welche zu der That gedient haben, wissend, daß sie dazu dienen sollten, verschafft hat.

Die den Geschworenen in Bezug auf diese Anklagen, außer zwei eventuellen unbeantwortet gebliebenen Fragen, dahin gestellten beiden Fragen:

1) Ist der Angeklagte Rose schuldig, sich zur Ausführung der Tödtung des Zimmergesellen Schliebe, welche er vorher mit dem Rosahl überlegt und verabredet hatte, am 11. September 1858 Abends am Schiepziger Communications-Wege, mit geladenen Schießgewehren bewaffnet, auf die Lauer gelegt und hiernächst in der Person des an jener Stelle vorbeigehenden Gymnasiasten Harnisch durch mehrere Schüsse und Kolbenschläge einen Menschen und zwar:

    a. vorsätzlich und

    b. mit Ueberlegung

   getödtet zu haben, den er in der Dunkelheit für den von ihm erwarteten Schliebe gehalten hat, und

2) Ist der Angeklagte Rosahl schuldig, an der durch den Rose am 11. September 1858 in der Person des Harnisch, welchen Rose in der Dunkelheit für den Zimmergesellen Schliebe gehalten hat, und zwar

    a. vorsätzlich und

    b. mit Ueberlegung

   bewirkten Tödtung eines Menschen dadurch wesentlich Theil genommen und dazu mitgewirkt zu haben, daß er 1) den Rose durch das Versprechen einer Geldbe-

lohnung zur Tödtung des Schliebe angereizt und verleitet,

2) dem Rose zur Ausführung dieser Tödtung des Schliebe Anleitung gegeben, ihm auch Waffen und andere Mittel, welche zur Ausführung der That gedient haben, wissend, daß sie dazu dienen sollten, verschafft hat?

wurden, nachdem gegen deren Fassung von den Vertheidigern der Angeklagten und von diesen selbst keine Erinnerungen gemacht waren, (ein von dem Gerichtshofe abgelehnter Antrag des Vertheidigers des Angeklagten Rosahl bezog sich nämlich nur auf die beiden eventuellen, den Versuch der Ermordung des Schl. und resp. die Anstiftung hierzu betreffenden Fragen 3. und 4.) und nachdem der Staats-Anwalt zwar eine andere, mehr den obigen Anklageformeln sich anschließende Fassung beantragt hatte, dieser Antrag jedoch von dem Gerichtshofe abgelehnt worden war, von den Geschworenen dahin beantwortet:

Ja, der Angeklagte (Rose resp. Rosahl) ist schuldig mit allen in der Frage enthaltenen Umständen, mit mehr als sieben Stimmen.

Der Schwurgerichtshof zu Halle hat sodann in seinem am 19. Februar 1859 verkündeten Erkenntnisse, worin er gegen Rose den §. 175. und gegen Rosahl die §§. 175. 34. und 35. des Str. G. B. anwandte, und dabei Rücksichts des Rose, sowie, hierauf Bezug nehmend, auch Rücksichts des Rosahl erwog:

daß der Irrthum, in welchem sich (bei Ausführung der That) der Angeklagte Rose in der Person des von ihm Getödteten befunden habe, zu seiner Entschuldigung oder zur Milderung seiner Strafe nicht gereichen könne, weil

das Gesetz die Tödtung jeder Person, jedes Menschen mit Strafe bedrohe,

erkannt, daß

1) der Rose wegen Mordes, sowie wegen eines schweren und des Versuchs eines schweren Diebstahls, mit dem Tode zu bestrafen,

2) der Rosahl wegen Theilnahme an einem Morde, sowie wegen Theilnahme an einem schweren und (an) dem Versuche eines schweren Diebstahls ebenfalls mit dem Tode zu bestrafen.

Von beiden Angeklagten wurde, soweit die Tödtung des H. den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung ausgemacht hatte, die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt. In der des Rose wurde gegen die Fragestellung und gegen die erfolgte Anwendung des §. 175. des Str. G. B. erinnert, daß, weil jene sich nicht darauf beschränkt habe, ob der Angeklagte Rose den H. mit Vorsatz und Ueberlegung getödtet habe, der Ausspruch der Geschworenen zweifelhaft lasse, ob der Vorsatz und die Ueberlegung in Beziehung auf den Schl., dessen Tödtung ursprünglich beabsichtigt worden sei, oder in Beziehung auf den getödteten H. stattgefunden habe, gleichwohl zu dem Thatbestande des Mordes auch Causalnexus zwischen dem überlegten Vorsatze zu tödten und der erfolgten Tödtung mit Bezug auf die Person des Getödteten erforderlich sei.

Auch der Angeklagte Rosahl gründete seine Nichtigkeits-Beschwerde auf Verletzung und unrichtige Anwendung von Gesetzen und Rechtsgrundsätzen und auf Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens. Die bei der Beurtheilung der That des Rose, — so wurde angeführt — und noch mehr bei der des Rosahl wesentlich in Betracht kommende Frage über den Einfluß des Irrthums, welcher

Seitens des physischen Urhebers in der Person des Getödteten vorgefallen, sei eine Rechtsfrage. Ihre Entscheidung habe dem Gerichtshofe zugestanden und sei auch diesem verblieben, da der Ausspruch der Geschworenen zwar Vorsatz und Ueberlegung, zugleich aber auch Irrthum auf Seiten des Thäters R. dahin festgestellt habe, daß dieser auf den H. aus Irrthum geschossen und geschlagen habe. Hätte aber den Geschworenen solche Beurtheilung zustehen sollen, so würde sowohl bei der ersten als bei der zweiten Frage die Fragestellung eine andere haben seien müssen, und zwar bei jener dahin, daß nach dem Worte „hiernächst" zu sagen gewesen wäre: „den H. den er für den Schl. hielt, durch . . . getödtet zu haben." Bei richtiger Beurtheilung der That des Rose hätte der Gerichtshof, nach den von den Geschworenen bejaheten Thatumständen, befinden müssen, daß in diesen nur der Versuch eines Mordes (an Schl.) und zugleich eine fahrlässige Tödtung (des H.) zu erkennen sei. Dieserhalb wurde, unter Berufung auf Geib's Abhandlungen im Archiv des Criminalrechts Jahrgang 1837 S. 588 ff. und Jahrg. 1838 S. 36 ff.*) gegen die Erörterung, auf welche sich hierüber der Gerichtshof (wie bemerkt wurde) eventuell eingelassen habe, und gegen die Ansichten anderer Rechtslehrer, welche überhaupt in Bezug auf den Einfluß des Irrthums im Objecte bei der Tödtung immer nur vorsätzliche Tödtung im Auge hätten, nicht auch, worauf es doch jetzt, wo der Todschlag nicht mehr mit Todesstrafe bedroht sei, wesentlich ankomme, erörterten, ob eine mit Ueberlegung geschehene vorsätzliche Tödtung vorliege, auszuführen gesucht, daß ein doloses Verbrechen nur im Falle eines wirklichen Causalzusammen-

---

*) Vergl. Jahrgang 1854 S. 157. 158.

hanges zwischen Absicht und Effect angenommen werden könne, ein solcher in einem Falle, wie der vorliegende, nicht vorhanden, hier vielmehr die bei der That vorhandene Absicht, denjenigen zu tödten, welchen der Thäter irrthümlich für einen Anderen halte, ein bloßer Scheinwille sei, der strafrechtlich als imputabler Wille nicht gelten könne. Daher sei der Rechtsgrundsatz:

daß Irrthum im Objecte der Tödtung den Thatbestand einer vorsätzlichen Tödtung ausschließe,

und jedenfalls, — da Rose den Vorsatz, den H. zu tödten, vorausgesetzt, daß ein solcher vorhanden gewesen sei, dann doch ohne Ueberlegung, erst in dem Momente der Ausführung der That, welcher mit dem Momente der Entstehung des Irrthums zusammenfalle, gefaßt habe, der mit Ueberlegung gefaßte Vorsatz, den Schl. zu tödten aber nicht zur Ausführung gekommen sei, also nur als Versuch in Betracht kommen könne —, der Rechtsgrundsatz verletzt:

daß der Thatbestand einer mit Ueberlegung verübten Tödtung ausgeschlossen werde, wenn Ueberlegung und Vorsatz nicht im Causalzusammenhange mit dem in Folge Irrthums in der Person des Getödteten eingetretenen Effecte stehen.

Aber auch abgesehen von diesen, die Beurtheilung der That des physischen Urhebers betreffenden Angriffen, die schon mit Rücksicht auf §. 35. des Str. G. B. auch die Beurtheilung der That des intellectuellen Urhebers (Ro.) als unrichtig erscheinen ließen, hätte der Gerichtshof in Bezug auf die Frage: ob der Irrthum des R. (Rose) dem Ro. angerechnet werden könne, sich nicht an das Verdict der Geschworenen gebunden halten dürfen. Habe die mehr beiläufige Bemerkung in den Erkenntnißgründen:

eventuell übrigens gegen den Angeklagten Ro. immer ins Gewicht fallen würde, daß ohne seine Anstiftung und Anreizung die von R. gegen den H., wenn auch durch Verwechselung der zu tödtenden Person, verübte Mordthat ohne Zweifel nicht stattgefunden haben würde, zur rechtlichen Begründung des Erkenntnisses dienen sollen, so würde darin eine gänzliche Verkennung der Grundsätze über die Grenzen der Verantwortlichkeit des intellectuellen Urhebers liegen, über welche die Meinung des Gesetzgebers allerdings durch den im §. 34. des Str. G. B. gebrauchten Ausdruck: „des Verbrechens oder Vergehens" nur angedeutet sei, die aber in Hälschner's Preußischem Strafrechte Thl. II. S. 352 ff. entwickelt seien und die unter Berufung auf diesen angegeben wurden.

Abgesehen aber auch von der Motivirung seines Erkenntnisses habe der Gerichtshof in dem festgestellten Thatbestande mit Unrecht eine wesentliche Theilnahme erkannt. Indem das Erkenntniß den Ro. wegen wesentlicher Theilnahme an der Tödtung des H. deshalb verurtheile, weil jener den R. zur Tödtung des Schl. angestiftet, ihm Anleitung gegeben und Waffen und andere Mittel zur Tödtung des Schl. verschafft habe, verletze dasselbe Rechtsgrundsätze, nach welchen, — worüber auf Hälschner a. a. O. §§. 82. 83. Bezug genommen wurde — die von dem R. verübte Tödtung des H. dem Ro. nicht zugerechnet werden könne, weil sie seiner Absicht durchaus nicht entsprochen habe und weil sie als ein nicht gewollter und nicht vorauszusehender Exceß in der Thätigkeit des Angestifteten betrachtet werden müsse, nach welchen ferner der Grund der Strafbarkeit des Gehülfen die auf eine gemeinschaftliche strafbare Absicht mit dem Haupturheber gerichtete gemeinsame Thätigkeit sei, der nicht gewollte und nicht

vorauszusehende Effect der That des Haupturhebers daher dem Gehülfen nicht angerechnet werden könne.

Weiter wurde dann nachzuweisen gesucht, daß durch den Ausspruch der Geschworenen die gesetzlichen Erfordernisse des strafbaren Versuchs der Ermordung des Schl. festgestellt seien und der Ro. daher nur wegen wesentlicher Theilnahme an der versuchten Ermordung des Schl. zu bestrafen sei.

Die zweite Abtheilung des Senats für Strafsachen des Ober-Tribunals hat am 5. Mai 1859 die Richtigkeits-Beschwerde der beiden Angeklagten zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Den Ausführungen in den Beschwerdeschriften der beiden Angeklagten wird zugegeben werden können, daß die den Geschworenen gestellten Fragen angemessener hätten gefaßt werden können. In die erste Frage sind unnöthige Specialien aufgenommen. Soviel ersichtlich, — motivirt ist nämlich im Sitzungsprotocolle der Beschluß, durch welchen die von dem Staats-Anwalte beantragt gewesene anderweite Fassung der Fragen abgelehnt wurde, nicht, — hat aber auch bei der Aufnahme dieser Specialien den Gerichtshof die — an sich richtige*) — Ansicht geleitet, daß die Entscheidung der, allerdings als Rechtsfrage sich darstellenden Frage, — welchen Einfluß der nach der Anklage bei der Ausführung der That des Angeklagten R. vorgefallene Irrthum in der Person des Getödteten auf die Zurechnung habe, — ihm freibleiben müsse. Die auf die That des R. Bezug nehmende, doch auch dieselbe in ihren wesent-

*) Goltdammer, Archiv II. S. 96. III. S. 106.[1] 194.[2] VI. S. 613. 619.

lichen Merkmalen angebende zweite Frage hätte allerdings die Theilnahme durch Anstiftung (§. 34. No. 1. des Str. G. B.) und die Theilnahme durch Beihülfe (§. 34. Nr. 2. a. a. O.) mehr sondern und in Bezug auf die Letztere die Wesentlichkeit derselben (§. 35. im zweiten Satze) abgesondert und in anderer Fassung*) hervorheben können.

Allein auch so, wie die Fragen gestellt worden sind, haben sie dem Gerichtshofe die Entscheidung jener Rechtsfrage freigelassen. Sie ist von dem Gerichtshofe nicht in unrichtiger Weise entschieden, vielmehr sind die zur Anwendung gebrachten Gesetze auf den durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellten Thatbestand richtig angewendet worden.

Die Anklage ging dahin, daß Ro. (als Mordbinger) den R. (als Lohnmörder) zur Ermordung des Schl. angestiftet, auch bei der Ausführung des aufgetragenen Mordes sich als Hülfsleistender betheiligt, R. bei der Ausführung des übernommenen Auftrags aber sich aus Irrthum in der Person des Schlachtopfers vergriff, eine andere ihm bei seinem Auflauern entgegen kommende Person, welche er für den Schl. hielt, in welcher er den Schl. zu erkennen meinte, diesen tödten wollte, und getödtet zu haben glaubte, nämlich den H., vorsätzlich und mit Ueberlegung getödtet habe. —

Festgestellt ist durch das Verdict der Geschworenen:

1) daß R., nach vorgängiger mit Ro. über die Tödtung des Schl. geschehener Verabredung und Ueberlegung und nach vorgängigem, zur Ausführung dieser mit Ro. verabredeten und überlegten Tödtung des Schl. geschehenen bewaffneten Auflauern auf Schl., in der

*) Goltdammer, Archiv I. S. 364. 365. II. S. 92. III.[3] S. 806. VI. S. 425.

Person des H. einen Menschen, den er für den Schl. hielt, vorsätzlich und mit Ueberlegung getödtet habe,

2) daß No. an dieser, durch R. in der Person des von dem R. für den Schl. gehaltenen H. vorsätzlich und mit Ueberlegung bewirkten Tödtung eines Menschen dadurch wesentlich Theil genommen und mitgewirkt habe, daß er zur Tödtung des Schl. den R. durch Versprechung einer Geldbelohnung angereizt und verleitet, auch demselben Anleitung gegeben und demselben Waffen und andere Mittel, welche zur Ausführung der That gedient haben, wissend, daß sie dazu dienen sollten, verschafft habe.

So sehr nun auch die neueren Rechtslehrer, von denen fast jeder bei seinen Ausführungen sich erst seine eigene Terminologie bildet, da von einander abweichen, wo es darauf ankommt, in strafrechtlicher Beziehung die Begriffe von „Vorsatz,“ „Absicht,“ „Entschluß,“ „Handlung,“ „That,“ „Erfolg,“ „Motiv“ und „Zweck“ und ihr Verhältniß zu einander zu bestimmen, und so oft es selbst vorkommt, daß in einer und derselben Deduction einer dieser Ausdrücke oder auch der Ausdruck „Versuch“ bald mit dieser, bald mit jener Bedeutung gebraucht wird, so ist man doch im Wesentlichen darüber einig und es entspricht insbesondere auch der Bedeutung, welche nach dem Strafgesetzbuche — das allerdings sowohl des „Vorsatzes zu tödten,“ als der „Absicht zu tödten“ Erwähnung thut (§. 183. alin. 3., §. 197. al. 4., vergl. auch §§. 165. 169.) — den Ausdrücken „Vorsatz“ und „Absicht“ beizulegen ist,*) daß, wenn bei doloser verbrecherischer Thätigkeit Seitens des Thäters

*) Hälschner, Preuß. Strafrecht II. S. 129, Goltdammer, Mat. I. S. 232. 237., Beseler, S. 44—47. 55.

ein Irrthum in dem Gegenstande, gegen welchen seine Thätigkeit gerichtet war (error in corpore oder in persona) vorgefallen ist, und dieser Irrthum zur Folge hat, daß seine Thätigkeit einen anderen Erfolg, als den beabsichtigten hatte, dieser Irrthum, — also der in dem Momente des Entschlusses zur Ausführug der beschlossenen That, bei der Ausführung der vorsätzlichen That, eintretende, an sich das Bewußtsein selbst und mit diesem den Willen nicht aufhebende*) Zustand des Bewußtseins, in welchem die wahre Vorstellung eines Gegenstandes von einer unwahren verdeckt und verdrängt wird,**) — zunächst nur dasjenige Moment der verbrecherischen Willensbestimmung berührt, welches der Denkthätigkeit, also wenn man, was nicht durchgängig geschieht (vergl. Archiv des Criminalrechts Jahrg. 1855 S. 60[3], Jahrg. 1856 S. 413.) überhaupt im Dolus beide unterscheidet, der Absicht (der in einem solchen Falle der eintretende Erfolg nicht entspricht,) nicht aber dem Vorsatze (dem Willen) angehört und daß durch einen solchen Irrthum, — bei dem nicht ein der Wirklichkeit nicht entsprechender Causalzusammenhang selbst zwischen der vorsätzlichen Thätigkeit und dem beabsichtigten Erfolge irrig vorausgesetzt, sondern nur ein äußerer, einen solchen Zusammenhang vermittelnder Umstand als vorhanden irrthümlich angenommen wird, — das Wesen der Handlung nicht aufgehoben wird, daß jene Folge, ungeachtet solchen Irrthums, eine zurechenbare bleibt, ein im ursächlichen Zusammenhange mit dem Vorsatze und mit der Handlung stehender Erfolg ist, daß daher ein solcher Irrthum ohne Einfluß auf die Zurechnung des Erfolges ist.

---

*) v. Savigny System des Römischen Rechts III. S. 100. 388

**) v. Savigny a. a. O. III. S. 326a.

Vergl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 36. S. 420. 421.

Heffter Lehrbuch (6. Aufl.) §§. 61. 62.

Zachariä in Goltdammer's Archiv 5. S. 586.[2]

Krug in Weiske's Rechts-Lexikon Bd. XII. S. 740. 741.

Herrmann im Archiv des Criminalrechts 1856 S. 12 ff. 441. 449. 473.

Hälschner Preuß. Strafrecht II. S. 122—127. 167. 183. 187. 189. 190. 500. 501. 506.

Wird nun aber durch einen solchen Irrthum des Thäters, in Folge dessen zwar die Person getroffen wird, gegen welche seine (äußere) Thätigkeit sich richtete, aber, weil sein Irrthum ihn dieselbe mit einer anderen Person verwechseln ließ, nicht der Erfolg, auf welchen es abgesehen war, eintritt, nicht der Vorsatz, mit welchem der Thäter handelte, beseitigt, so gilt dies, wo der Vorsatz ein überlegter war, auch von der Ueberlegung. Diese ist, in dem zum Thatbestande des Mordes erforderlichen Dolus (sowie in dem Falle des §. 190. des Str. G. B.) nur eine Qualificirung des Vorsatzes, nicht ein hiervon getrennt erscheinender besonderer Bestandtheil,*) wie denn auch die Begriffsbestimmung des Mordes im Str. G. B. §. 175. ihre Fassung, statt der früheren Fassung des Entwurfs von 1843 §. 298. „mit überlegtem Vorsatze," nur aus der mehr äußeren Rücksicht, die Stellung einer doppelten Frage an die Geschworenen (a. Vorsatz, b. Ueberlegung) möglich zu machen, erhalten hat.**)

Eine für Lohn übernommene und zur Erlangung die-

*) Archiv des Criminalrechts 1856 S. 460—463. 470. 471.

**) Beseler, S. 347.,[1] Goltdammer, Mat. II. S 370.,[1] Goltdammer, Archiv II. S. 353., IV. S. 90. 96.

ses Mordlohns ausgeführte Tödtung namentlich ist, auch wenn bei der Ausführung in der Person dessen, auf den es abgesehen war, eine Verwechselung durch Irrthum vorfällt, und demzufolge zwar ein anderer, als der beabsichtigte Erfolg thatsächlich eintritt, immer aber auch ein Mensch getödtet wird, mit überlegtem Vorsatze geschehen. Der Thäter, welcher in solchem Falle den A. tödtet, den er für den B. hielt, und welchen Letzteren er tödten wollte, um den ihm hierfür zugesicherten Mordlohn zu erhalten, erreicht allerdings seinen Zweck nicht; aber dadurch hört seine That nicht auf, eine mit überlegtem Vorsatze verübte Tödtung zu sein.*) Für den Thatbestand des Mordes ist die Nichterreichung dieses Zweckes, — in Bezug auf welchen Letzteren sich nur davon, daß es bei einem bloßen Versuche geblieben sei (in der allgemeinen nicht juridischen Bedeutung dieses Wortes) sprechen ließe, — von keiner Bedeutung.

Es ist zum Thatbestande des Mordes nicht erforderlich, daß die mit überlegtem Vorsatze beschlossene Tödtung eines Menschen, bei der jedoch dieser Vorsatz dergestalt fortdauernder Bestimmungsgrund war, daß die That, als damit im ursächlichen Zusammenhange stehend, also als Product desselben erscheint, auch mit Ueberlegung ausgeführt sei. Ein solcher Causalzusammenhang wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in dem Momente, wo der Thäter sich zur Ausführung entschließt und er zu dieser schreitet, ihn sein Bewußtsein, verbrecherisch zu handeln, in Unruhe versetzt, und diese Unruhe ihn zu einem Irrthume im Gegenstande, zu einer Verwechselung der Person, gegen welche er handeln will, — welche zu tödten er beschlossen hat, — mit einer anderen veranlaßt.

---

*) Hälschner, II. S. 167. 168.

Hiernach hat in dem vorliegenden Falle die durch das Verdict der Geschworenen bewirkte Feststellung vollständig den Thatbestand eines von dem Angeklagten R. verübten Mordes hergestellt. Die Fragestellung war im Wesentlichen nicht unrichtig, vielmehr entsprach sie dem Art. 81. des Gesetzes vom 3. Mai 1852, in Verbindung mit §. 175. des Str. G. B. Sie hat das Moment eines bei der Ausführung der That in der Person des Getödteten vorgefallenen Irrthums mit aufgenommen, dem Gerichtshofe die Beurtheilung des Einflusses dieses Irrthums nicht beschränkt, — und der Gerichtshof hat bei dieser Beurtheilung, indem er auf den festgestellten Thatbestand den §. 175. des Str. G. B. anwandte, nicht gefehlt. Es hat, nach dieser Feststellung, der Angeklagte R. mit überlegtem Vorsatze einen Menschen getödtet, was nach §. 175. a. a. O. den Thatbestand des Mordes bildet. Allerdings war es dabei auf den Schl. abgesehen, und diese Absicht ist, wie der weitere Zweck, zu welchem R. handelte, in Folge des, wie ebenfalls durch das Verdict festgestellt worden, bei der Ausführung der That vorgefallenen Irrthums in der Person des Getödteten, nicht erreicht worden; aber dies ist nach dem Obigen von keinem rechtlichen Einflusse. Nach der thatsächlichen Feststellung sah R., als er dem Schl. auflauerte, keineswegs den H., nämlich den von ihm als solchen erkannten H., sondern einen Menschen kommen, den er für den Schl. hielt und den er in dieser Meinung mit Vorsatz und Ueberlegung mit dem auch da noch vorhandenen, ihn zu seiner Thätigkeit bestimmenden überlegten Vorsatze, den Schl. zu tödten, welchen Letzteren er in der sich ihm nähernden Person vor sich zu haben glaubte und tödten wollte, tödtete, um dadurch sich den für die Tödtung des Schl. ihm versprochenen Lohn zu verdienen.

Es liegt daher der Nichtigkeits-Beschwerde des R. und der des Ro., so weit diese auf die That des R. Bezug hat, eine verkehrte Auffassung zum Grunde, wenn sie annehmen und davon ausgehen, daß in dem Momente, wo R. sich zur Ausführung der mit überlegtem Vorsatze beschlossenen That bestimmte und zu dieser Ausführung schritt, also bei der Ausführung der That, der Angeklagte R. einen anderen Vorsatz, als den vorher überlegten Vorsatz, den Schl. zu tödten, gehabt habe, daß in Folge seines Irrthums an die Stelle dieses Vorsatzes ein neuer Vorsatz und Entschluß, die ihm entgegen kommende Person, nämlich den ihm entgegenkommenden H. oder überhaupt ein anderes Individium zu tödten, getreten sei, oder daß gar R. den H. unvorsätzlich nur fahrlässig getödtet, und nur außerdem den Schl. zu tödten versucht habe. R. wollte, wie gesagt, auch bei Ausführung der That den Schl. tödten. Er meinte den Schl. getödtet zu haben. Erst am anderen Morgen erfuhren er und Ro., daß nicht Schl., sondern H. getödtet sei. In Bezug auf einen bloßen Versuch zu tödten, nämlich einen Versuch, den Schl. zu tödten, würde die Person des H. gewiß ein untaugliches Object gewesen sein; von einem nur festgestellten gegen Schl. gerichteten Tödtungs-Versuche kann daher nicht die Rede sein, abgesehen auch davon, daß die durch einen und denselben Vorsatz bestimmte verbrecherische Thätigkeit des R. in ihrem ganzen Verlauf nur eine That ausmacht.

Eben so wenig sind, — was die den Angeklagten Ro. insbesondere betreffenden Angriffe seiner Nichtigkeits-Beschwerde anlangt, — auf den durch die Beantwortung der zweiten Frage festgestellten Thatbestand die §§. 175. 34. 35. des Str. G. B. unrichtig angewandt, und auch hier war die Fragestellung im Wesentlichen nicht unrichtig.

Wären die Geschworenen bloß befragt worden, ob Ro. an der That des R. Theil genommen und mitgewirkt habe, so würde allerdings eine ungenügende Fragestellung stattgefunden haben. Auch würde, wenn von den Geschworenen die einzelnen Thätigkeiten, durch welche solche Theilnahme und Mitwirkung — welche Ausdrücke offenbar nur gebraucht wurden, um Anstiftung und Beihülfe zusammen zu fassen, — nach der gestellten Frage stattgefunden haben sollte, sämmtlich verneint wären, die Feststellung eine nicht bloß bedenkliche, sondern in Bezug auf Anstiftung (Präj. Nr. 30., Entscheidungen Bd. 25. S. 212.) auch die Freisprechung erheischende geworden sein. Die Geschworenen haben aber die Frage 2. mit allen Umständen, also auch Hinsichts dieser einzelnen Thätigkeiten bejaht. Es sind dadurch in Bezug auf Anstiftung (§. 34. Nr. 1. des Str. G. B.) auch die Mittel derselben festgestellt. Es kommt deshalb nicht einmal weiter auf die Theilnahme durch Hülfsleistung (§. 34. Nr. 2.) wesentlich an; auch von der letzteren würde aber, wenn sie überhaupt wegen der Anstiftung noch als besondere verbrecherische Thätigkeit, als davon verschiedene selbstständige Handlung in Betracht kommen müßte, dasselbe gelten, was von der Anstiftung gilt, da Hinsichts ihrer festgestellt ist, daß sie wesentliche Theilnahme war.

Die Entscheidung der Rechtsfrage über den Einfluß des bei der Ausführung der That vorgefallenen Irrthums des Thäters auf die Zurechenbarkeit des thatsächlich eingetretenen Erfolgs, in Bezug auf den Anstifter resp. Gehülfen, war auch hier dem Gerichtshofe durch die Fragestellung gewahrt, und er hat diese Entscheidung nicht unrichtig getroffen. Nach §. 35. des Str. G. B. ist auf den Theilnehmer an einem Verbrechen dasselbe Strafgesetz

anzuwenden, welches auf den Thäter Anwendung findet. Der Anstifter soll also*) dem Strafgesetze verfallen, welches die auszuführende That bedroht; er soll als Thäter (als Miturheber) des Verbrechens, welches er wirklich angestiftet hat, bestraft werden; es ist auf ihn das Strafgesetz anzuwenden, welches auf ihn anzuwenden wäre, wenn er die That, wie sie auf seine Anstiftung, —

also nicht etwa auf eigene selbstständige Entschließung des Thäters über solche Anstiftung hinaus und nicht etwa unter persönlichen Verhältnissen des Thäters zu der Person des Verletzten, um derentwillen vielleicht der Thäter für seine Person mit Strafe verschont bleibt,**) —

wirklich verübt ist, selbst als Thäter (als physischer Urheber) begangen hätte.

Seine Strafbarkeit ist von der Thätigkeit des Angestifteten, in dessen Hand er die Ausführung gelegt, und dessen Geschicktheit oder Ungeschicktheit er diese anvertraut hat, dergestalt abhängig, daß nur ein wirklicher Exceß, — wo ein Mehreres oder Anderes gethan ist, — ihm nicht zuzurechnen ist. Ein solcher wirklicher Exceß liegt aber da nicht vor, wo, wie hier, der gedungene Angestiftete, der Lohnmörder, nur durch Irrthum in der Person desjenigen, gegen welchen er, um dem Auftrage des Anstifters zu genügen, seine Thätigkeit richtet, sich in dem Schlachtopfer vergreift. Dieser handelt auch dann nicht etwa bloß auf Veranlassung des Anstifters oder bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages, — so daß dem Thäter

*) Vergl. Archiv des Criminalrechts 1851 S. 498—553., Jahrg. 1852 S. 401. 402., Jahrg. 1853. Erg. Heft. S. 95. 102. 104. 108. Koch, Str. G. B. §. 35.[64. 65.] Hälschner, II. S. 357. 363. Goltdammer, Archiv VI. S. 425.

**) Goltdammer, Archiv IV. S. 692.

die Einwirkung des Anstifters auf ihn nur das Motiv zu einem eigenen selbstständigen Entschlusse geworden wäre, — sondern die Anstiftung ist für ihn dergestalt fortdauernd bestimmend gewesen, daß seine That als Product der Anstiftung erscheint. Es hat Causalnexus zwischen der Anstiftung zu einem Morde und der, eine qualitativ gleiche Handlung ausmachenden That stattgefunden, und nur hat der Anstifter, in Folge des bei der Ausführung eingetretenen Irrthums des Thäters seinen Zweck nicht erreicht, was für den Thatbestand des angestifteten Verbrechens und für die Strafbarkeit des Anstifters eben so wenig, als für die des angestifteten Thäters von rechtlicher Bedeutung ist.

Hälschner, auf den die Beschwerdeschrift des Angeklagten Ro. sich beruft, sagt (Preuß. Strafrecht Thl. II. S. 355.):

Rücksichtlich eines solchen Excesses (nämlich eines wirklichen, wo der Angestiftete aus eigener Entschließung ein Mehreres thut, als der Anstifter beabsichtigte, oder qualitativ ein anderes Verbrechen begeht) liegt es in dem Wesen der Anstiftung, daß dem intellectuellen Urheber das nicht zugerechnet werden kann, was er eben nicht angestiftet hat, sondern aus der eignen Entschließung des physischen Urhebers hervorging; —

und (S. 356.)

Der Anstifter kann aber außer für seinen Dolus für seine culpa nur in sofern haften, als die vorsätzliche Thätigkeit des physischen Urhebers seiner Absicht entspricht, d. h. in sofern der über seine Absicht hinaus gehende Erfolg seinen Grund nicht in dem freien Entschlusse des Thäters hat, sondern eine vorauszusehende nothwendige Folge der von dem Angestifteten gleichmäßig beabsichtigten That ist.

Hier im vorliegenden Falle hatte nun aber nach der Feststellung der Ro. den R. angestiftet, den Schl., — also denjenigen, den er als den Schl. erkennen würde, — zu tödten, und dies hat R. gethan. Er hat den Schl., dem er auflauerte, in der ihm entgegenkommenden Person erkannt, und diese Person getödtet. Wenn ihn Mangel an richtiger Einsicht, — Irrthum — in dieser ihm entgegenkommenden Person nicht den H., sondern den erwarteten Schl. erkennen ließ, so war dies Ungeschicktheit des Angestifteten in der Ausführung, welche den Anstifter von der vollen Verantwortlichkeit für den eingetretenen Erfolg nicht befreit, weil darin keine eigene Entschließung des Thäters liegt, also ein wahrer Exceß nicht vorhanden ist, vielmehr eine mit der aufgetragenen Handlung, — einem Morde — qualitativ gleiche Handlung, — ein Mord, dessen Thatbestand vorhanden ist, wenn Jemand mit überlegtem Vorsatze einen Menschen tödten wollte und in seiner durch solchen Vorsatz bestimmten Thätigkeit einen Menschen, gegen den diese Thätigkeit gerichtet ist, wirklich tödtet — ausgeführt ist.

Da hiernach weder die in den Nichtigkeits-Beschwerden behauptete Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens, noch die behauptete Verletzung der in dem angefochtenen Erkenntnisse zur Anwendung gekommenen Gesetze oder von Rechtsgrundsätzen vorliegt, so waren die Nichtigkeits-Beschwerden der beiden Angeklagten zurückzuweisen.

№ 48. (Crimin.=S. Nr. 7.)

Postillon. Unterschlagung amtlich anvertrauter Gelder.

Macht sich ein Postillon auch dann einer Unterschlagung amtlich anvertrauter Gelder im Sinne des §. 324. des Str. G. B. schuldig, wenn er, als Führer der Post, das Personengeld von unterwegs aufgenommenen und bei der nächsten Post=Anstalt abgesetzten Passagieren erhoben und zur Postcasse nicht abgeliefert hat?

Str. G. B. §. 324.

Postdienst=Instruction §. 158.

Dienst=Instruction für Postillone vom 28. Februar 1854 §. 24.

Der Postillon Johann K. zu G. fuhr die Königliche Fahrpost und nahm unterwegs bei S. eine Frauensperson als Passagier bis zum nächsten Stationsorte G., woselbst sich eine Post=Anstalt befindet, mit, ließ sich auch von derselben das Fahrgeld mit 3 Sgr. entrichten, das er dann, zur Postcasse nicht abführte, sondern für sich verwendete.

Das Kreisgericht zu Glogau sowohl, wie der Criminal=Senat des dortigen Appellations=Gerichts, bestraften den Angeklagten in ihren Erkenntnissen vom 13. November 1858 resp. 21. Januar 1859 nur wegen einfacher Unterschlagung nach §. 227. des Str. G. B. und schlossen den §. 324. l. c. aus, weil sie annahmen, daß nach §. 158. der Postdienst=Instruction und nach §. 24. der Dienst=Instruction für Postillone vom 28. Februar 1854, diese das

Personengeld von unterwegs aufgenommenen und bei der nächsten Post-Anstalt abgesetzten Passagieren nicht zu erheben, dessen Einziehung vielmehr dieser Post-Anstalt zu überlassen haben, woraus folge, daß der Postillon die in einem solchen Falle angenommenen Gelder nicht in seiner amtlichen Eigenschaft in Empfang genommen habe.

Gegen das Appellations-Erkenntniß legte der Ober-Staats-Anwalt zu Glogau wegen Verletzung des §. 324. des Str. G. B. die Nichtigkeits-Beschwerde ein, und das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, erste Abtheilung, vernichtete auch am 15. April 1859 das Erkenntniß zweiter Instanz und bestrafte den Angeklagten, unter Aufhebung des ersten Urtels, wegen Unterschlagung in amtlicher Eigenschaft empfangener Gelder, aus folgenden

Gründen:

Die in zweiter Instanz beibehaltene thatsächliche Feststellung des ersten Richters geht dahin:

daß der Angeklagte, als damaliger Postillon, am 19. September 1858, als er die Königliche Post von S. bis G. führte, bei ersterem Orte eine Frauensperson bis nach G. mitnahm, und das Fahrgeld für dieselbe, im Betrage von 3 Sgr., welches er mit der Verpflichtung erhalten hatte, an die Postcasse abzuführen, zum Nachtheil derselben bei Seite geschafft hat.

Es ist dadurch festgestellt, daß der Angeklagte als Postillon fungirte, als er das Passagiergeld in Empfang nahm. Der Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 19. December 1857 (Entscheidungen Bd. 37. S. 38.) hat aber angenommen:

daß ein Postillon, in soweit und so lange er Postdienste verrichtet, für einen öffentlichen Beamten zu erachten ist.

Der Angeklagte handelte also in dem vorliegenden Falle als Beamter, wenn er als Führer der Post, Reisende un-

terwegs in den Postwagen aufnahm. Es ist dabei nicht zweifelhaft, daß er, sowie er das tarifmäßige Passagiergeld sich zahlen ließ, dasselbe auch in dieser seiner amtlichen Eigenschaft empfing. Denn der Passagier zahlte aus keinem anderen Rechtsgrunde, als weil er sich der Königlichen Post zu seiner Reise bedienen wollte, er beabsichtigte daher auch, die Gebühr dafür an die Königliche Postcasse zu erlegen. Irrte er sich in der Berechtigung des empfangnehmenden Beamten, so ist nicht abzusehen, wie dadurch dieser Letztere in dem Momente der Annahme, und nur während der Dauer desselben, hätte aufhören können, Beamter zu sein, kurz vorher aber, und gleich nachher wieder, wie im gegenwärtigen Falle der Angeklagte, der fortwährend Führer der Post blieb, die Functionen eines solchen auszuüben hätte. Handelte er, indem er an sich zahlen ließ, noch außerdem, wie hier der Angeklagte, gegen seine Dienst-Instruction, die ihm die Annahme der Zahlung verbietet, so mißbrauchte er gerade dadurch seine amtliche Eigenschaft zur Verübung seines anderweitigen Vergehens, und es läßt sich mit den Principien des Strafrechts nicht in Einklang bringen, daß ein solcher Beamter gelinder beurtheilt werden soll, als der, welcher seinen Amtsbefugnissen gemäß Gelder annimmt und sie dann unterschlägt.

Der §. 324. des Str. G. B. setzt daher zu seiner Anwendung keineswegs nothwendig voraus, daß der betreffende Beamte derjenige sein muß, an welchen nach Maaßgabe der bestehenden Vorschriften die Gelder zu zahlen sind. Es genügt vielmehr, daß die Empfangnahme in amtlicher Eigenschaft d. h. bei Gelegenheit und in Anlaß einer Amtshandlung, statt hat. Es folgt dies sowohl aus den Worten der Gesetzstelle, als auch aus ihrer Entstehungsgeschichte,

indem die zu vielfachen Zweifeln Anlaß gebenden §§. 418 ff. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R. haben beseitigt werden sollen.

Der Appellations-Richter hat sonach durch seine entgegengesetzte Ausführung die §§. 225. 227. 324. des Str. G. B. verletzt und sein Erkenntniß unterliegt nach Art. 107. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 der Vernichtung.

№ 49. (Crimin.-S. Nr. 8.)

Ost-Preußen. Unterschlagung von Bernstein.

Die Bestimmungen des §. 74. Tit. 16. Thl. II. A. L. R. ist in Ostpreußen in Beziehung auf den Bernstein neben dem §. 2. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts nicht zur Anwendung zu bringen. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 261.

Ostpreußisches Provinzialrecht. Zusatz 228. §. 2.
A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §. 74.

Unter dem Marginale: „Vom Bernstein-Regale" bestimmt der Zusatz 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts im §. 2., daß aller (im §. 1. für ein Eigenthum des Staats erklärte) Bernstein, er möge geschöpft, gegraben oder sonst gefunden werden, an die Bernstein-Kammer in Königsberg (beziehungsweise jetzt an diejenigen, denen Fiscus das Bernstein-Regal verpachtet hat) abgeliefert werden müsse und dafür denjenigen, die den Bernstein auf ihren eigenen Grundstücken, gefunden haben, der zehnte

Theil vom Werthe des abgelieferten Bernsteins als Belohnung bewilligt werde.

In einer Untersuchung, welche gegen einen Landwirth, der in Ostpreußen beim Kornsäen auf seinem Felde ein Stück Bernstein gefunden und dieses verkauft hatte, wegen Unterschlagung, und gegen den Käufer wegen Theilnahme an der Unterschlagung eingeleitet war, hatten die Richter erster und zweiter Instanz angenommen, daß dieser Vorschrift von den Angeschuldigten nicht zuwider gehandelt sei, weil diese, als Zusatz zu §. 80. Thl. II. Tit. 15. des A. L. R. ergangene Vorschrift des im §. 74. Thl. II. Tit. 16. das. erwähnten besonderen Falles nicht gedacht habe, für einen solchen Fall deshalb ihre Anwendbarkeit durch die Bestimmung dieses §. 74., wonach zu den Regalien auch die sonst nach §. 70. a. a. O. zum Bergwerks-Regale gehörenden Steinarten nicht gerechnet, wenn sie bei Gelegenheit öconomischer Arbeiten einzeln gefunden werden, ausgeschlossen werde. Dabei war insbesondere, von dem Richter erster Instanz, für diese Ansicht auf ein Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 30. October 1857 Bezug genommen worden, in welchem bei einem ähnlichen Falle, wo ein Arbeiter ein von ihm beim Kanalbaue gefundenes Stück Bernstein nicht abgeliefert, sondern verkauft hatte, angeführt worden war, daß dieser Arbeiter eine Unterschlagung gegen den Eigenthümer des Grundes und Bodens verübt habe, welchem nach den §§. 72. 73. und 74. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R., das gefundene Stück gehört habe.

Diese, die Anwendbarkeit des §. 74. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R., neben dem §. 2. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts voraussetzende Ausführung, nach welcher dem Grundeigenthümer, nicht dem Fiscus, solcher Bernstein gehört haben sollte, wurde, als die Eingangs

gedachte Untersuchungs-Sache auf die von der Staats-Anwaltschaft eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde zur Verhandlung und Entscheidung kam, für nicht richtig erachtet, und deshalb die Entscheidung an die vereinigten Abtheilungen des Senats für Strafsachen gewiesen.

Hier wurde geltend gemacht, daß jener §. 2. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts, im Verhältnisse zu §. 74. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R. sowohl das neuere als das speciellere Gesetz sei. Es wurde namentlich in letzterer Beziehung bemerkt, daß der §. 69. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R. ausdrücklich nur für den Fall der Ermangelung besonderer Provinzialgesetze disponire, hieran sich die folgenden Paragraphen anschlössen, alle Bestimmungen der §§. 69. bis 74., in denen namentlich auch Inflammabilien (§. 71.) zu den Fossilien gerechnet seien, also nur in Ermangelung besonderer Provinzialgesetze zur Anwendung kommen sollten. In ihnen, wie überhaupt im Allg. Landrecht sei des Bernsteins, der, wenn er überhaupt bergmännisch gewonnen würde und unter eine der aufgeführten Rubriken von Gegenständen des Bergwerks-Regals zu bringen wäre, nicht zu den im §. 74. und 70. a. a. O. bezeichneten Steinarten, sondern zu den Inflammabilien (§. 71.) zu rechnen sein würde, nicht, — wie dies in den Vorarbeiten zum Allg. Landrechte, und zwar abgesondert vom Bergwerks-Regale (v. Düesberg in Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. 2. S. 74. 75. 77.) der Fall gewesen sei, — besondere Erwähnung geschehen, wahrscheinlich, weil nur in der Provinz Preußen das Recht, Bernstein zu sammeln, zu den Regalien gehöre. Nach §§. III. und IV. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794, in Verbindung mit den §§. 1. 21. und 53. der Einleitung zum Allg. Landrechte, sei es Aufgabe der Provin-

zial-Gesetzbücher gewesen, diejenigen Abweichungen der einzelnen Provinzialrechte von den Vorschriften des Allg. Landrechts, welche nothwendig beizubehalten wären, ferner Bestimmungen über die Materien, welche das Allg. Landrecht der Provinzial-Gesetzgebung überlassen gehabt habe, sowie solche ergänzende Bestimmungen aus den bestehenden Provinzialrechten aufzunehmen, auf welche das Allg. Landrecht dergestalt verweise, daß die Vorschriften des Letzteren nur erst in Ermangelung besonderer Bestimmungen der Provinzialgesetze zur Anwendung kommen sollten. Demgemäß bestimme denn auch der Zusatz 1. §. 1. des Ostpreußischen Provinzialrechts:

> Das Ostpreußische Provinzialrecht enthält die Abweichungen vom Allg. Landrechte, welche als besondere gesetzliche Vorschriften für die Einwohner von Ostpreußen u. s. w. gelten,

und demgemäß hätten die das Ostpreußische Provinzialrecht betreffenden Publications-Patente vom 4. August 1801 §. 1. und vom 6. März 1802 im Eingange angegeben, daß in den nach dem 1. Januar resp. nach dem 1. September 1802 vorkommenden Fällen nur nach der Vorschrift dieses Provinzialrechts, und wo diese keine Abweichung enthalte, nach dem Allg. Landrechte erkannt werden solle. Eine derartige, sei es als Abweichung oder als Ergänzung, jedenfalls als lex specialis (A. L. R. Einl. §§. 21. 53.) den Vorschriften des Allg. Landrechts vorgehende Bestimmung sei es, welche die §§. 1. und 2. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts dahin enthielten:

> daß der Bernstein ein Eigenthum, — das heiße Gegenstand des ausschließlichen Occupations-Rechts, — des Staats sei
>
> und daß aller Bernstein, er möge geschöpft, gegraben

oder sonst gefunden werden, und zwar auch von denjenigen, die ihn auf ihren eigenen Grundstücken fänden, an die Bernstein-Kammer abgeliefert werden müsse.

Dadurch sei deutlich ausgesprochen, daß nicht bloß am Meeresstrande, sondern auch im Binnenlande der Bernstein zum Regale gehöre, da ja im Gegensatze des am Meeresstrande gefundenen, auch des auf eigenen Grundstücken gefundenen Bernsteins Erwähnung geschehe, am Strande aber, welcher ein gemeines Eigenthum des Staates sei, von eigenen Grundstücken (einer Privatperson) nicht die Rede sein könne. Hiermit sei nicht vereinbar, daß solcher auf eigenen Grundstücken gefundene Bernstein, — und ein „sonst gefundener" sei doch auch der bei Gelegenheit einer öconomischen Arbeit gefundene, — nach §§. 74. 72. 73. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R. als eine „Steinart" dem Eigenthümer des Grundes und Bodens gehören sollte. Die Stellung der das Bernstein-Regal betreffenden Bestimmungen im Ostpreußischen Provinzialrechte als Zusätze zu §. 80. Thl. II. Tit. 15. und nicht zu Thl. II. Tit. 16. §. 69 ff. des A. L. R. erkläre sich daraus, daß der Bernstein, ebenso wie bei den Vorarbeiten zum Allg. Landrechte, nicht als Gegenstand des Bergwerks-Regals angesehen worden sei, daß ferner allerdings der Bernstein am Meeresstrande den Hauptgegenstand des Bernstein-Regals ausmache und es angemessen befunden worden sei, die ganze Materie vom Bernstein-Regale im Zusammenhange an einem Orte abzuhandeln. Es könne aber aus dieser Stellung nicht gefolgert werden, daß der ganze Zusatz des §. 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts nur den Bernstein am Meeresstrande betreffe, und nicht, daß der im Binnenlande gefundene als ein bei dem Bergwerks-Regale zu berücksichtigender Gegenstand, namentlich als eine „Stein-

art“ im Sinne der §§. 74. 72. 73. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R., anzusehen sei.

Das Plenum des Senats für Strafsachen hat denn auch in seiner Sitzung vom 10. October 1859 den in der Ueberschrift angegebenen Rechtssatz angenommen und in der zu seiner Entscheidung verwiesenen Untersuchungs-Sache das Erkenntniß zweiter Instanz des Appellations-Gerichts zu Insterburg vom 5. März 1859 vernichtet, das Erkenntniß erster Instanz des Kreisgerichts zu Goldap vom 18. September 1858 aufgehoben und die anderweite Verhandlung in erster Instanz angeordnet. Es lauten die einschlagenden

Gründe:

Daß der Bernstein in Ostpreußen überall, derselbe mag innerhalb Landes oder am Seestrande gefunden werden, vorbehaltenes Eigenthum des Staates sei, ist bisher nicht bezweifelt worden und geht unbedenklich aus der ganz allgemeinen Fassung des §. 1. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts, sowie aus §. 20. des revidirten mit Zuziehung der Stände abgefaßten Entwurfes dieses Provinzialrechts hervor, sowie denn in diesem Sinne bisher auch stets von dem Ober-Tribunal erkannt worden ist.

Es ist nun aber ungerechtfertigt, die überall nur in Ermangelung besonderer Provinzialgesetze geltende Vorschrift des §. 74. Tit. 16. Thl. II. des A. L. R. mit den Instanzrichtern neben dem zumal später erst ergangenen §. 2. jenes Zusatzes 228. zur Anwendung bringen zu wollen.

Dieser §. 74. rechnet diejenigen Steinarten, welche sonst zu den Regalien gehören, dennoch nicht zu solchen, wenn sie entweder auf den Aeckern liegen oder durch die Pflugschar ausgerissen oder bei Gelegenheit anderer öconomischer Arbeiten einzeln gefunden werden.

Indem nun aber jener §. 2. des Zusatzes bestimmt:

> Aller Bernstein, er mag geschöpft, gegraben oder sonst gefunden werden, muß an die Bernstein-Kammer zu Königsberg abgeliefert werden, wofür denjenigen, die den Bernstein auf ihren eigenen Grundstücken gefunden haben, der zehnte Theil von dem Werthe u. s. w. als Belohnung bewilligt wird; —

so kann es nach dem Wortlaute dieser Vorschrift keinem Zweifel unterliegen, daß neben derselben jener §. 74. des A. L. R. nicht zur Anwendung kommen kann, indem darin gerade das Gegentheil von dem, was dieser enthält, verordnet wird. Jede Art der Auffindung wird als solche bezeichnet, welche die Pflicht zur Ablieferung begründet, und wenn dem Grundstücksbesitzer ein Finderlohn für den auf seinem Grundstücke gefundenen Bernstein bewilligt wird, so kann daneben eine Vorschrift nicht bestehen, welche demselben, wenn auch nur unter Einschränkungen, das Eigenthum selbst zuspricht.

Nun ist es zwar richtig, daß die folgenden §§. 3. bis 13. des Zusatzes 228. fast nur von den Strandbewohnern, von Beschränkungen in Beziehung auf sie u. s. w. handeln, und daß ferner, wie der Appellations-Richter besonders hervorhebt, jener Zusatz überhaupt nur zu §. 80. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. rubricirt ist, welcher von dem Eigenthum des Staates an den Häfen und Meeresufern, sowie an dem, was auf diese von der See angespült oder ausgeworfen wird, handelt. Muß indeß, wie dies doch der Fall, anerkannt werden, daß der Bernstein in Ostpreußen überall, ohne Rücksicht auf den Fundort Regal ist, und daß die positive Vorschrift für diese Regalität eben in den §§. 1. und 2. des Zusatzes 228. sich findet, so kann über ihren Sinn und ihre Ausdehnung, insbesondere über ihr

Verhältniß zu §. 74. des A. L. R. die Stellung allein, sowie der Inhalt jener besonderen nur die Strandbewohner betreffenden Beschränkungen Nichts entscheiden.

№ 50. (Crimin.-S. Nr. 9.)

Bernstein-Regal. Fortdauernde Geltung der Strafbestimmung des Ostpreußischen Provinzialrechts Zusatz 228. §. 8.

Der §. 8. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts ist nicht für aufgehoben, vielmehr noch in Kraft befindlich zu erachten. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 255.

Ostpreußisches Provinzialrecht Zusatz 228. §. 8.
Gesetz über die Einführung des Str. G. B. vom 14. April 1851 Art. II.

Das Ostpreußische Provinzialrecht hat im Zusatze 228, unter dem Marginale: „Vom Bernstein-Regal," sowohl civilrechtliche dieses Regal betreffende, als darauf Bezug habende polizeiliche und strafrechtliche Vorschriften gegeben. Die §§. 1. und 2. dieses Zusatzes bestimmen zunächst wesentlich die Regalität alles Bernsteins, das ausschließliche Recht des Staats auf die Besitznahme desselben. Die §§. 3. bis 8. enthalten Vorschriften, durch welche den Beeinträchtigungen des Bernstein-Regals vorgebeugt werden soll, und bestimmen Strafen für die Uebertretung dieser Vorschriften. In den §§. 9. und 10. sind sodann die Strafen der Bernstein-Defraudanten und beziehungsweise

Derer, die sich als Ankäufer (Partierer), Hehler und Anstifter bei Bernstein-Defraudationen betheiligen, bestimmt, wobei sich die Bezeichnung der das Bernstein-Regal (vorsätzlich) beeinträchtigenden strafbaren Handlung als „Defraudation" an die Strafvorschriften des A. L. R. Thl. II. Tit. 20. Abschn. 7. über die (vorsätzliche, gewinnsüchtige) Beeinträchtigung der vorbehaltenen Rechte des Staats (vergl. auch Thl. II. Tit. 15. §. 120. Marginale §§. 124. 125.) anschließt. Die §§. 11. bis 13. endlich betreffen auf das Bernstein-Regal Bezug habende Pflichten der Prediger am Strande, den Denuncianten-Antheil und Pflichten der Strandbedienten.

Die Strafbestimmungen des §. 9. wurden bereits bei der in den Jahren 1836 und 1841 vorbereiteten Revision des Ostpreußischen Provinzialrechts, von welcher hiernächst nach Abschn. I. No. 21. des Landtags-Abschiedes vom 7. November 1841, Abstand genommen wurde, namentlich in dem von dem Tribunale zu Königsberg unterm 21. Januar 1841 erstatteten Gutachten über den im Ministerium für Gesetzgebung gefertigten revidirten Entwurf des Ostpreußischen Provinzialrechts (S. 7.), mit Rücksicht auf die Vorschrift des Allg. Landrechts über Diebstahl, welche als möglichen Gegenstand des Diebstahls auch solche Sachen anerkannte, die noch nicht in der Gewahrsam einer bestimmten Person sich befinden, auf welche aber einer solchen Person ein ausschließliches Occupationsrecht zusteht (Thl. II. Tit. 20. §. 1111.), für entbehrlich erachtet. Sie, wie überhaupt die §§. 3. bis 12. jenes Zusatzes 228, wurden demnächst in Bezug auf das frische Haff und resp. kurische Haff durch die diese Haffe betreffenden Fischerei-Ordnungen vom 27. März 1845 §. 64. resp. 59. (Ges.-S. S. 134. und 153.) aufgehoben, wobei — offenbar anschließend

an die, zum Theil auch im Westpreußischen Provinzialrechte §. 75. (Ges.=S. 1844. S. 110.) in Bezug genommenen Vorschriften des A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 70—73. 102. und Thl. II. Tit. 20. §. 1132. und an die Bestimmungen des, Westpreußen betreffenden Publicandums vom 31. December 1801, Abschn. 2. §§. 4. und 5. (Rabe Samml. Bd. 6. S. 705.) — bestimmt wurde, daß, wer Rücksichts des bei Gelegenheit der Fischerei gefundenen Bernsteins die Anzeige über drei Tage verzögere, sich der Belohnung verlustig mache, und wer den Fund auf Befragen des Richters ableugne, außerdem als Dieb bestraft werde.

Es hat auf solche das Bernstein=Regal beeinträchtigende Handlungen das inzwischen unterm 26. März 1856 ergangene Gesetz über unbefugte Gewinnung oder Aneignung von Mineralien (Ges.=S. S. 203.) keinen Bezug, weil der Bernstein nicht zu den in diesem Gesetze gedachten (den Gegensatz von sogenannten Mollsteinen bildenden) anstehenden Mineralien gehört. Nur in Bezug auf Bernstein an dem zum Gebiete der Stadt Danzig gehörigen Ostseestrande hat das Gesetz vom 16. Februar 1857 Art. X. §. 1. (Ges.=S. S. 91.) bestimmt, daß es bei den, zum Schutze des darauf der Kämmerei der Stadt Danzig zustehenden ausschließlichen Rechts erlassenen Bestimmungen der Verordnung vom 3. Februar 1802 (Leman Westpreußisches Prov.=Recht Bd. 3. S. 466.) sein Bewenden behalte.

Mehrfache Entscheidungen des Ober=Tribunals (vergl. Just.=Minist.=Blatt 1853 S. 445—448.) haben aber in Bezug auf die Strafbestimmungen jenes §. 9. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts angenommen, daß dieselben neben dem Strafgesetzbuche nicht mehr Anwendung finden können, an deren Stelle vielmehr der §. 226. des Letzteren getreten sei. Daraus hat ein Erkenntniß des

Ober-Tribunals vom 4. Mai 1855 gefolgert, daß auch der §. 8. jenes Zusatzes, welcher dahin lautet:

Wenn sich Personen, wider welche der Verdacht einer Bernstein-Contravention obwalten kann, am Strande betreffen lassen, so sind sie mit ein- bis zweitägigem Gefängnisse bei Wasser und Brod zu bestrafen,

überall, also auch da, wo die oben gedachten, das frische und das kurische Haff betreffenden Bestimmungen nicht in Betracht kommen, — nicht mehr anwendbar sei. Diese Folgerung wurde bei der Verhandlung über die von der Staats-Anwaltschaft gegen ein, die Angeklagten St. und Genossen freisprechendes Erkenntniß des Ostpreußischen Tribunals vom 13. September 1858 eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde für unrichtig erachtet und deshalb die Entscheidung an die vereinigten Abtheilungen des Senats für Strafsachen verwiesen.

Hier wurde geltend gemacht, daß polizeiliche Bestimmungen besonderer Verordnungen und die damit verbundenen Strafandrohungen, soweit sie nicht Gegenstand von Vorschriften des Strafgesetzbuchs, namentlich des dritten Theils desselben geworden, nicht außer Kraft gesetzt seien, (vergl. §. 273. Abs. 2.,) der dritte Theil des Strafgesetzbuchs insbesondere, — wie dies schon bei den Verhandlungen des vereinigten ständischen Ausschusses (Bleich Verhandlungen 2c. Band IV. S. 670.) von dem Regierungs-Commissarius ausgesprochen sei, — nicht ein vollständiges Polizei-Strafgesetzbuch habe bringen sollen, und nach der im §. 10. Thl. II. Tit. 17. des A. L. R. gegebenen Bezeichnung der Gegenstände der Polizei es eine polizeiliche, auf Verhütung von Beeinträchtigungen des Bernstein-Regals abzweckende Vorschrift sei, welche jener §. 8. des Zusatzes 228. enthalte. Als eine solche sei sie

auch in den schon gedachten, das Ostpreußische Provinzialrecht betreffenden Revisions-Arbeiten (Revid. Entwurf §. 23. Motive S. 4., Gutachten vom 21. Januar 1841 S. 7.) aufgefaßt, und solcher Natur sei ebenfalls die im Art. X. §. 1. des oben gedachten Gesetzes vom 16. Februar 1857 als fortdauernd geltend bezeichnete correspondirende Bestimmung im §. 6. der Verordnung vom 3. Februar 1802. Die Vorschrift des §. 8. des Zusatzes 228. sei davon ganz unabhängig, wie die Handlung, deren Verhütung sie bezwecke, wenn diese dennoch verübt werde, zu bestrafen sei, dieselbe habe eben so gut Sinn und Bedeutung, wenn derjenige, der sich den gefundenen Bernstein aneigne, nach §. 226. des Str. G. B. wegen Unterschlagung bestraft werde, als dann, wenn ihn wegen Bernstein-Defraudation die Strafe des §. 9. jenes Zusatzes treffe; und in diesem Sinne sei auch in neuester Zeit von dem Ober-Tribunale in analogen Fällen erkannt worden, daß durch das Holzdiebstahls-Gesetz vom 2. Juni 1852 die Verordnung vom 30 Juni 1839 (Ges. S. S. 223.), welche, um dem Holzdiebstahle vorzubeugen, zur Controlle der unverarbeitet transportirten Hölzer besondere Maaßregeln vorschreibt und deren Nichtbeobachtung mit Strafe bedroht, nicht aufgehoben sei, desgleichen, daß die zur Verhütung von Holz-Defraudationen erlassenen Vorschriften wegen Revision der Schneidemühlen auch nach Erlassung des neuen Holzdiebstahls-Gesetzes in Kraft geblieben seien.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des General-Staats-Anwalts, hat denn auch das Plenum des Senats für Strafsachen in dem Erkenntnisse vom 28. März 1859 die fortdauernde Geltung der Strafbestimmung des §. 8. des Zusatzes 228. des Ostpreußischen Provinzialrechts an-

erkannt, und zwar aus den (soweit sie den in Rede stehenden Grundsatz betreffen) dahin lautenden

Gründen:

Der §. 9. des Zusatzes 228. bestimmt die Strafe gegen die wirklichen Defraudanten von Bernstein, also gegen diejenigen, welche sich Bernstein unbefugter Weise aneignen. Durch verschiedene Entscheidungen des Ober-Tribunals ist allerdings erkannt worden, daß an die Stelle dieser Strafvorschrift des §. 9. nunmehr der §. 226. des Str. G. B. getreten sei. Daraus nun aber, daß diese Substitution einer anderen strafrechtlichen Qualificirung derselben Handlung durch die neuere Gesetzgebung stattgefunden hat, läßt sich nicht folgern, daß damit auch die einen bloß polizeilichen Charakter an sich tragenden Vorbeugungs-Vorschriften des gedachten Zusatzes 228., insbesondere diejenige des hier in Rede stehenden §. 8. fortgefallen seien. Denn sie sollen nach wie vor die wirkliche Defraudation von Bernstein verhüten, die immer noch strafbar bleibt, also auch verhütet werden soll, mag sie nun nach der früheren Gesetzgebung oder jetzt als Unterschlagung strafbar sein. Polizeiliche Bestimmungen sind besondere Verordnungen, und die damit verbundenen Strafandrohungen, soweit sie nicht selbst Gegenstand von Vorschriften des neueren Strafgesetzbuchs, namentlich des dritten Theils desselben geworden, sind durch das Strafgesetzbuch an und für sich auch nicht außer Kraft gesetzt. Das Strafgesetzbuch enthält aber besondere Vorschriften über die in Rede stehende Materie nicht. (Art. II. des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851.)

№ 51. (Crimin.-S. Nr. 10.)

Defraudation bei der Rüben-Zucker-Steuer.

Grundsätze über die Festsetzung der Strafe der Defraudation durch falsche Declaration der Rüben-Vorräthe in den Rübenzucker-Fabriken, resp. auf den dazu gehörigen Landgütern, und Ausschließung des Beweises eines späteren Abganges von dem festgestellten Quantum der falsch declarirten Rüben.

Gesetz vom 7. August 1846, betreffend die Besteuerung des Rübenzuckers, §. 13. lit. a., §. 17. Nr. 1., §. 18. (Gesetz-Samml. S. 335.)

Gesetz vom 12. Februar 1855. (Ges.-Samml. S. 70.)

Nach §. 13. lit. a. des Gesetzes vom 7. August 1846, die Besteuerung des Rübenzuckers betreffend, hat Jeder, welcher Zucker aus Rüben bereitet, im Herbste jeden Jahres, spätestens am letzten Tage des Monats November, der Steuerhebestelle ein nach einem besonderen Muster anzufertigendes Verzeichniß seiner sämmtlichen Rüben-Vorräthe, worin zugleich die Orte der Aufbewahrung anzugeben sind, einzureichen und auch jeden ferneren Zugang an Rüben zur Nachtragung in dem Verzeichnisse sogleich anzumelden.

Nach §. 17. Nr. 1. macht sich Derjenige der Defraudation schuldig, welcher in dem nach §. 13. zu übergebenden Verzeichnisse seiner Rüben-Vorräthe diese absichtlich zu gering angiebt. In den folgenden Nummern dieses §. 17. sind die Defraudationen bei der Zuckerfabrikation selbst angegeben.

Nach §. 18. besteht die Strafe der Defraudation in einer dem vierfachen Betrage der vorenthaltenen Steuer gleichkommenden Geldbuße.

Nach §. 3. des Gesetzes vom 12. Februar 1855 endlich soll, wenn sich der Steuerbetrag, dessen Entziehung bewirkt oder versucht worden, nicht feststellen läßt, Geldstrafe von 10 bis 100 Thlrn. eintreten.

Es ist die Frage streitig geworden, wie das Princip des §. 18. über die Berechnung der Strafe auf den im §. 17. Nr. 1. gedachten Defraudations-Fall durch falsche Declaration der Vorräthe allein angewendet werden soll?

Die Ermittelung der Steuer für den aus Rüben bereiteten Zucker geschieht nämlich nach dem Gewichte der zur Zuckerbereitung verwendeten rohen Rüben, welche zu diesem Zwecke unmittelbar vor der Einführung in die Zuckerbereitungs-Apparate unter steueramtlicher Controlle in der Fabrik verwogen werden. Dabei wird vorausgesetzt, daß von 20 Centnern Rüben 1 Centner Zucker bereitet werden wird. Zu diesem Zwecke wird von jedem der solchergestalt abgewogenen Centner Rüben eine Steuer erhoben, welche in verschiedenen Steuer-Perioden verschieden bestimmt war, in der hier in Rede stehenden Periode aber 6 Silbergroschen pro Centner Rüben betrug, so daß auf diesem indirecten Wege der Centner Zucker mit 4 Thlrn. besteuert war. — Jene Declaration der Rüben-Vorräthe ist nun aber eine der Zucker-Fabrikation selbst vorangehende, mit derselben in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehende Anordnung, bei der es gleichgültig ist, ob die declarirten Rüben wirklich zur Zucker-Fabrikation selbst bestimmt sind oder nicht, ob sie also etwa bloß zu landwirthschaftlichen Zwecken, z. B. zur Aussaat, zum Viehfutter u. s. w. benutzt werden sollen, bei denen daher auch von

jener Verwiegung behufs der Ermittelung der Steuer keine Rede ist.

Der hier in Rede stehende Angeklagte war nun im Sinne des obigen Gesetzes eines doppelten Vergehens angeschuldigt, indem er

a. in den der Steuerbehörde nach §. 13. übergebenen Declarationen die Summe seiner Rüben-Vorräthe absichtlich zu gering angegeben, ferner

b. bewirkt resp. absichtlich geduldet haben sollte, daß die wirklich zur Zucker-Fabrikation gelangten Quantitäten falsch (zu gering) verwogen und hiernach auch falsch in die Controlbücher eingetragen seien.

In beiderlei Beziehung ist der Beweis für geführt erachtet. In Betreff des Vergehens zu b., welches unter die Nummern 2. und 3. des §. 17. fallen würde, ist indeß kein Betrag derjenigen Rüben, welche auf dem angegebenen Wege unverwogen, somit undeclarirt in die Zuckerfabrikations-Apparate gelangt sind, festzustellen gewesen. Dagegen ist in Betreff des Vergehens zu a. festgestellt, daß der Angeklagte in den drei Jahren, welche die Untersuchung umfaßt, circa 64,000 Centner absichtlich zu wenig declarirt, daß er also diese Summe roher Rüben mehr besessen, als er in seiner Declaration angegeben hat.

Der erste Richter hält dafür, daß, trotz dieser Feststellung eines bestimmten Quantums der Minderdeclaration, dennoch der der Festsetzung der poena quadrupli zum Grunde zu legende Betrag der Steuer nicht zu ermitteln sei, und er setzt deshalb unter Anwendung des Gesetzes vom 12. Februar 1855 nur den für diesen Fall angedrohten geringeren Betrag einer Strafe von 100 Thalern fest. Aus der gesetzlich vorgeschriebenen Berechnung der Steuer von 6 Silbergroschen vom Centner der „zur Zucker-Fa-

brikation bestimmten rohen Rüben" folgert er nämlich, daß darunter nicht das bloße Vorhandensein von Rüben und selbst nicht deren nur vorläufige Bestimmung zur Zucker-Verarbeitung verstanden werden könne, daß vielmehr zur Anwendung des §. 18. die wirkliche Verwendung der Rüben, der getroffenen Bestimmung gemäß, erfolgt und ihre Verarbeitung zu Zucker außer Zweifel gesetzt sein müsse, weil im Falle der Nichtverarbeitung zu Zucker von einer Steuerzahlung nach dem Prinzip des Gesetzes überhaupt gar keine Rede sein könne. Allerdings sei die Vermuthung gerechtfertigt, daß die als wirklich vorhanden gewesen nachgewiesenen Quantitäten auch in der That zu Zucker verarbeitet worden seien. Allein dem Angeklagten müsse der Nachweis gestattet sein, daß diese Quantitäten, gegen ihre vorläufige Bestimmung, selbst wenn dieselben schon durch Eintragung in die Bücher der Fabrik ausgedrückt worden sei, dennoch später anderweit verwendet worden seien. In dieser Beziehung nun erachtet er den vom Angeklagten wirklich angetretenen Nachweis für geführt, daß nämlich nicht alle vorhanden gewesenen Rüben, auf welche sich die Verpflichtung zur Declaration an sich bezog, zur Zucker-Fabrikation, sondern zum Theil zum Saamen und zum Viehfutter in der Wirthschaft des Gutes, auf welchem die Fabrik lag, verwendet worden seien, daß sie daher auch factisch zur Zucker-Fabrikation gar nicht hätten verwendet werden können. Der Betrag dieser anderweiten Verwendung zum Saamen u. s. w. könne aber nicht festgestellt, also auch in soweit nicht bestimmt werden, um ihn bei der Berechnung der „vorenthaltenen" Steuer (§. 18.) ausscheiden zu lassen. Es fehle hiernach an dem nach diesem §. 18. nothwendig vorausgesetzten Factor des Steuer-

betrages und damit der Strafe selbst. Für diesen Fall trete der §. 3. des Gesetzes vom 12. Februar 1855 ein.

Der Appellations-Richter geht dagegen von einer entgegengesetzten Auffassung aus. Er erachtet das gesammte Quantum der festgestellten Minderdeclaration von circa 64,000 Centnern roher Rüben als Object einer vollendeten Defraudation, verwirft daher das Bedenken, welches in dieser Hinsicht aus der Fassung des §. 18. in Betreff des Betrages der „vorenthaltenen" Steuer hervorgeht, verwirft ferner die Zulässigkeit eines jeden Nachweises anderweiter späterer Verwendung jenes Quantums, zumal in unbestimmten Beträgen, und erkennt daher, indem er bei der Berechnung der Steuer jenes Quantum, nur mit einem geringen hier nicht weiter interessirenden Abzuge, zum Grunde legt, durch das Urtel vom 16. September 1857 auf die vierfache Strafe im Betrage von 46,373 Thalern 22 Silbergroschen.

Die Richtigkeits-Beschwerde des Angeklagten führt dagegen aus: Die „vorenthaltene" Steuer sei diejenige, welche zu entrichten gewesen sein würde, wenn die Rüben wirklich zur Zucker-Fabrikation gelangt, oder bei derselben der Besteuerung entzogen worden wären. Object der Besteuerung seien also nur immer die in die Fabrikations-Stätte gebrachten Rüben. Dadurch werde mit dem ersten Richter die Berücksichtigung aller Veränderungen geboten, welche die Vorräthe bis zur Verarbeitung erlitten hätten. Durch die Declaration oder mit dem Zeitpunkt der unrichtigen Declaration sei noch keine Verpflichtung zu irgend einer Versteuerung, mithin auch kein „Vorenthalten" der Steuer eingetreten. Offenbar enthalte das Gesetz in den §§. 17. Nr. 1. und 18. eine Lücke. Denn gebe man auch zu, daß mit dem Tage der unrichtigen Declaration die

Strafe verwirkt sei, so könne doch die Größe dieser Strafe unmöglich davon abhängen, was später erst geschehen solle — die Verarbeitung der Rüben selbst —, und was sogar wesentlich von dem Willen des Fabrikinhabers abhängig sei. Erst das Gesetz vom 12. Februar 1855 stelle das Princip der Strafbarkeit einer versuchten Defraude auf, sei aber in soweit nicht auf die hier in Rede stehenden Jahre $18^{53}/_{54}$ und $18^{54}/_{55}$ anwendbar.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, hat in dem Urtel vom 1. Juli 1859 das Appellations-Urtel zwar aus anderen Gründen vernichtet, dagegen die vorstehende, das Princip des Gesetzes selbst betreffende Beschwerde verworfen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Präjudiciell für die vorliegende Entscheidung in der Hauptsache ist die durch die beiden Beschwerden des Dr. J. und des v. S. angeregte Frage über dasjenige Princip, welches der Strafvorschrift des §. 17. Nr. 1. des Gesetzes vom 7. August 1846 über die Besteuerung des Rübenzuckers zum Grunde liegt.

Unter der Voraussetzung, daß sich überhaupt ein bestimmtes Quantum der Minderdeclaration, also eines der Summe nach festzustellenden Verstoßes gegen die im §. 13. lit. a. auferlegte Verpflichtung wahrheitsgetreuer Angabe der Rüben-Vorräthe nachweisen läßt, geht der erste Richter davon aus, daß zwar allerdings dieses gesammte Quantum das Object der Besteuerung, also auch die Grundlage für die darnach zu bemessende Strafe des §. 18. sein müsse, daß jedoch jede erweislich hinterher an diesem Quantum eingetretene Veränderung, also der Verlust oder die anderweite Verwendung der nicht declarirten Rüben dem Angeklagten insoweit zu Statten kommen müsse, als es ver-

möge derselben an einer bestimmten Grundlage für die Berechnung der vorenthaltenen Steuer fehle. Da nun im vorliegenden Falle eine solche anderweite Verwendung, nicht aber das Quantum derselben, nachgewiesen sei, so fehle es an dieser bestimmten Grundlage und es könne daher nur die Strafe von 100 Thlrn. nach dem Gesetze vom 12. Februar 1855 eintreten.

Der Appellations-Richter will jedoch auf solchen Nachweis anderweiter Verwendung oder des Verlustes gar nicht eingehen; er legt also allein das Quantum der Minderdeclaration, ohne Rücksicht auf seine möglichen späteren Veränderungen, der Steuerberechnung und demgemäß auch der Straffestsetzung zum Grunde.

Diese Auffassung muß als die dem Zwecke des Gesetzes entsprechende, mithin als die allein richtige anerkannt werden.

Der §. 17. Nr. 1. erklärt die absichtlich zu geringe Angabe der Rüben-Vorräthe, also die absichtliche Minderdeclaration nach §. 13. lit. a. für eine Defraudation. Daraus folgt, daß diese Defraudation mit dem Augenblicke der Abgabe der falschen Declaration ein vollendetes Vergehen sei. Nun ist es selbstverständlich, daß aus diesem Grunde Veränderungen in dem Objecte der Defraudation ohne allen Einfluß auf die verwirkte Strafe sein müssen. Dagegen könnte zwar ein Zweifel über die Feststellung der Höhe der Strafe für diese Defraudation entstehen. Man könnte nämlich sagen, die Ermittelung der Steuer geschieht zufolge §. 2. nach denjenigen Quantis von Rüben, welche zur Zuckerfabrikation gelangen und unmittelbar vor derselben zu diesem Zwecke verwogen werden. Object der Versteuerung seien daher die Rüben nur unter der Voraussetzung ihrer Verarbeitung zu Zucker und inso-

weit sie dazu verarbeitet werden; eine Verpflichtung zur Versteuerung von Rüben, die gar nicht zur Zuckerbereitung gelangen, und ebenso eine Verpflichtung, die einmal vorhandenen und durch ihre Declaration vorläufig zur Zuckerbereitung etwa bestimmten Rüben auch wirklich zur Zuckerbereitung gelangen zu lassen, bestehe nicht. Der §. 18. setze demgemäß auch die Strafe der Defraudation auf den vierfachen Betrag der vorenthaltenen Steuer fest, und vorenthalten könne in dem obigen Sinne die Steuer nur dann sein, wenn Rüben unversteuert zur Zuckerfabrikation gelangen. Allein dieses Bedenken ist nur scheinbar. Das Gesetz muß vielmehr dahin ausgelegt werden, daß es überhaupt ausführbar ist. Die Annahme, daß es zwar eine Handlung für ein vollendetes Vergehen erkläre, selbst aber jede Möglichkeit einer Feststellung der Strafe für dieses Vergehen aufhebe, ist unstatthaft. Offenbar nämlich geht das Gesetz von einer durch die Natur der Sache vollkommen begründeten Fiction, nämlich davon aus:

> daß das bei der falschen Declaration verschwiegene Quantum an Rüben hinterher auch wirklich heimlicherweise, also durch ein neues Falsum, zur Zuckerbereitung gelangt, dadurch also nunmehr auch factisch die Steuer davon vorenthalten worden sei.

Denn die Voraussetzung ist die Feststellung einer absichtlichen Minderdeclaration. Da nun, wie gedacht, die Verpflichtung nicht besteht, die richtig declarirten Quanta demnächst auch wirklich zur Zuckerbereitung zu verwenden, so kann die absichtlich unrichtige Declaration nur allein den Zweck jener heimlichen Verwendung haben. Die offene, also controllirte, Verwendung nicht declarirter Quanta würde aber sofort die falsche Declaration darthun. Jene Fiction des Gesetzes hat also, wie gedacht, die Natur

der Sache zur Grundlage und sie hat sich hier als vollkommen begründet dadurch erwiesen, daß gegen den Angeklagten der vollständige, nur in Quanto nicht gelungene, Nachweis von fortgesetzten Falsis bei der Verwiegung u. s. w. der wirklich zur Zuckerbereitung gelangten Rüben vorliegt. Es kann sich daher nur fragen, ob diese gesetzliche Fiction dadurch widerlegt werden kann, daß der Angeklagte nachweise, es seien hinterher erhebliche Quanta jener bei der Declaration verschwiegenen Rüben verloren gegangen oder sonst anderweit verwendet worden. Denn würde ein solcher Nachweis geführt, so würde daraus von selbst folgen, daß diese Quanta nicht heimlicherweise zur Zuckerbereitung gelangt sein können, die Fiction also thatsächlich nicht Platz greifen könne. Man könnte für die Gestattung eines solchen Nachweises auf die §§. 23. 24. des Gesetzes verweisen, in denen bei der Zuckerbereitung in nicht declarirten oder in außer Betrieb gesetzten Gefäßen die Steuerstrafe nach dem Quantum Rüben, welches während der letzten sechs Monate, respective seit der unbefugten Benutzung der Gefäße in diesen hat bereitet werden können, festgesetzt werden soll, vorbehaltlich des dort nachgelassenen Gegenbeweises, daß der Betrieb in der angenommenen Ausdehnung nicht stattgefunden habe. Allein dennoch ist ein solcher Gegenbeweis unstatthaft. Er ist es zuvörderst aus dem Grunde allein schon, weil er das Quantum, ja überhaupt die ganze Strafe in die Willkühr des Angeklagten selbst stellen würde. Würde nämlich die Defraudation durch falsche Declaration sofort nach ihrer Verübung entdeckt, so würde, wollte man jene Unmöglichkeit der demnächstigen Verwendung des verschwiegenen Quantums zur Zuckerbereitung als ein entscheidendes Moment statuiren, der Angeklagte durch die Vernichtung jener Quanta, ja

durch das gänzliche Einstellen jeder Zuckerbereitung für die betreffende Campagne, das lediglich in seiner Hand liegende Mittel haben, die Unmöglichkeit jener Verwendung auch der verschwiegenen Quanta herbeizuführen, die Steuerberechnung und damit die Strafe also aufzuheben. Das kann aber das Gesetz ersichtlich nicht gewollt haben. Jene Analogie der §§. 23. 24. ist also hier von selbst ausgeschlossen. Dort ist es erwiesen, daß der Angeklagte unbefugt wirklich Zucker bereitet habe; dort hat er es also nicht, wie in dem hier vorausgesetzten Falle, in seiner Macht, durch Einstellung des Betriebes den Thatbestand gleichsam wieder rückgängig zu machen. Dazu kommt, daß der §. 13. die Declaration sämmtlicher Rüben-Vorräthe, also aller derjenigen, welche der Fabrikant zu jener Zeit überhaupt besitzt, fordert; er schließt also auch alle diejenigen mit ein, welche der Fabrikant ursprünglich gar nicht zur Zuckerbereitung bestimmt hat, sondern zur Wirthschaft, zum Viehfutter, zum Saamen u. s. w. benutzen will. Wenn nun also der §. 17. No. 1. die Minderdeclaration für eine Defraudation erklärt, so muß er nothwendig auch diese Theile der Vorräthe für Objecte dieser Defraudation erklären. Endlich aber läßt der Schlußsatz des §. 17. nur in den Fällen der Nummern 2. und 3., nicht aber in dem hier vorliegenden Falle der Nummer 1. den Nachweis zu, daß der Angeklagte eine Defraudation nicht habe begehen wollen. Daraus folgt, daß der Nummer 1. eine unwiderlegliche Vermuthung solcher Defraudation beiwohnt, daß das Vergehen ein rein formelles, mit dem Augenblick der absichtlich falschen Declaration vollendet, Object desselben das ganze absichtlich verschwiegene Rübenquantum, und jede spätere Veränderung dieses Objects unerheblich ist.

Hierdurch widerlegen sich denn auch die aus dem Ge-

setze vom 12. Februar 1855 hergenommenen Bedenken. Insoweit nämlich dasselbe den Thatbestand einer bloß versuchten Defraude aufstellt, kann es sich nach der obigen Auffassung allerdings nicht auf die Nummer 1. des §. 17. beziehen, weil hier die falsche Declaration bereits als vollendete Defraudation gilt. Es bleibt vielmehr nur anwendbar auf alle die Fälle, in denen zur Feststellung der vorenthaltenen Steuer die Verwiegung nothwendig gewesen sein würde, wo also vorausgesetzt ist, daß zwar richtig declarirt, aber hiernächst bei der Zuckerbereitung selbst, und hier allein, ein Falsum verübt ist. Der Umstand, daß im vorliegenden Falle beide Vergehen, nämlich die falsche Declaration und ein Betrug bei der Verwiegung vorliegen, kann dem Angeklagten nicht in dem Sinne zu statten kommen, daß nunmehr zu seinem Vortheil auch das eintreten müßte, was für den Betrug bei der Verwiegung allein gilt.

№ 52. (Crimin.-S. Nr. 11.)

Nachdruck.

1) Ist der Criminalrichter befugt, besonders in Untersuchungen wegen Nachdrucks, civilrechtliche Vorfragen zum Civilprocesse zu verweisen?

2) Wenn eine Schrift wegen Ablaufes der in dem Gesetze vom 11. Juni 1837 und in den dasselbe ergänzenden Gesetzen vorgeschriebenen Schutzfristen, oder aber nach §§. 1029. 1030. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. Gemeingut geworden ist, und deshalb von dritten Personen eine neue

Ausgabe dieser Schrift veranstaltet wird, so kann dadurch an dieser neuen Ausgabe nur insoweit ein neues Autor- oder Verlagsrecht erworben werden, als dieselbe überhaupt nach §. 1012. ibid. als neue Ausgabe zu betrachten ist, also nur in Beziehung auf das neue Format oder auf diejenigen Veränderungen, welche dadurch der im übrigen Gemeingut gebliebenen Schrift hinzugefügt worden sind.

Präjudiz des Senats für Strafsachen Nr. 256.
A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 1032.

Ein in der Provinz Pommern seit 1722 weit verbreitetes sogenanntes Botthagensches Gesangbuch ist zuerst in jenem Jahre in der Buchdruckerei des Buchdruckers Spiegel zu S. erschienen und seit dieser Zeit ununterbrochen in derselben Druckerei gedruckt und verlegt.

Auf die Denunciation des jetzigen Besitzers dieser Druckerei, des H., ist gegen den Buchdruckereibesitzer G. deshalb die Untersuchung wegen Nachdrucks eröffnet, weil derselbe im Jahre 1853 dieses Gesangbuch mit wesentlichen und zahlreichen Aenderungen neu herausgegeben hat. Der Angeklagte ist in beiden Instanzen wegen Nachdrucks verurtheilt.

Die gegen das Appellations-Erkenntniß erhobene Nichtigkeits-Beschwerde berührt, außer einem unwesentlichen Punkte, besonders zwei erhebliche Fragen.

I. Der Angeklagte bestritt das Verlagsrecht des Denuncianten an dem gedachten Gesangbuche, also das zur Verfolgung des Nachdruckes erforderliche ausschließliche

Recht. In Folge dessen haben sich sowohl die Untersuchung als die Erkenntnisse beider Instanzen fast allein mit der Feststellung jenes angeblich ursprünglich durch den Spiegel erworbenen, seit jener Zeit von den Besitznachfolgern ausgeübten und auf den Denuncianten übertragenen Rechtes, und seiner verschiedenen dafür angegebenen Fundamente beschäftigt. Außer dem Angeklagten trat aber auch das Consistorium der Provinz im Laufe der Untersuchung mit der Behauptung auf, daß nicht dem Denuncianten, sondern ihm, dem Consistorium, das Verlagsrecht an dem Gesangbuche, mindestens aber die Mitwirkung bei dessen Herausgabe zustehe. Das Consistorium hatte sich deshalb veranlaßt gesehen, ein Inhibitorium des weiteren Druckes an den Denuncianten zu erlassen, den Competenz-Conflict zu erheben und endlich eine besondere Civilklage gegen den Denuncianten auf Anerkennung des besseren Rechts des Consistorii zu erheben. Jener Competenz-Conflict ist durch Erkenntniß des Gerichtshofes zur Entscheidung der Competenz-Conflicte zurückgewiesen, der gedachte Civilproceß aber von dem Consistorium hiernächst zurückgenommen worden.

Bei dieser Sachlage trug daher der Angeklagte in Uebereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft in beiden Instanzen darauf an:

> die Untersuchung zu sistiren und die Vorfrage, ob dem Denuncianten allein das ausschließliche, noch gegenwärtig fortdauernde Verlagsrecht an dem Gesangbuche zustehe, als eine rein civilrechliche zur Entscheidung im Civilprocesse zu verweisen.

Beide Richter haben diesen Antrag zurückgewiesen, weil es sich um einen Theil des objectiven Thatbestandes des Vergehens, nämlich um die Existenz eines durch das Letztere

verletzten Rechtes handle, mithin der Entscheidung des über das Vergehen urtheilenden Richters unterliege, diesem auch im Allgemeinen die Befugniß gar nicht zustehe, civilrechtliche Fragen der Untersuchung auf den Civilweg zu verweisen.

Der wegen Zurückweisung dieses Antrages erhobene Beschwerdepunkt ist in dem, im Uebrigen vernichtenden, Erkenntnisse des Ober-Tribunals, Senat für Strafsachen, zurückgewiesen.

Gründe:

Es ist anzuerkennen, daß es sich im vorliegenden Falle fast ausschließlich um die Frage über die Existenz und die Natur des Verlagsrechtes an dem im Jahre 1722 zuerst in S. von dem Buchdrucker Spiegel herausgegebenen sogenannten Botthagenschen Gesangbuche

„Heiliges Lippen- und Herzens-Opfer einer gläubigen Seele u. s. w.,"

welches seitdem ununterbrochen bis in die neueste Zeit in der Spiegelschen, jetzt dem Denuncianten H. gehörigen Buchdruckerei zu S. herausgegeben und verlegt worden ist, handelt; daß ferner dieses Verlagsrecht nicht allein unter den beiden hier unmittelbar betheiligten Personen dem Denuncianten H. und dem Angeklagten G., streitig ist, sondern auch von einem Dritten außer ihnen, dem Königlichen Consistorium in S. behauptet wird; daß endlich die Grundsätze selbst, nach denen über die Existenz dieses Verlagsrechtes und über das ausschließliche Recht zu demselben zu entscheiden ist, lediglich civilrechtlicher Natur sind. Allein als die Form, in welcher hier diese Entscheidung zu treffen ist, bietet sich nach dem gegenwärtig bestehenden Rechte nur der Untersuchungs-Proceß nach der Verordnung vom 3. Januar 1849 und nach dem Gesetze vom 3. Mai 1852 dar. Denn der Nachdruck und die un-

erlaubte Nachbildung sind mit Strafe bedroht (§. 1294 ff. Tit. 20. Thl. II. A. L. R., jetzt Gesetz vom 11. Juni 1837), mithin Vergehen im Sinne des §. 1. Str. G. B. und des Art. VIII. des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851. Ueber solche ist aber, sofern nicht besondere Ausnahmen stattfinden, im Untersuchungs-Verfahren allein zu entscheiden. In Betreff des Nachdrucks sind aber Ausnahmen hiervon nicht gemacht, und der Umstand, daß neben der öffentlichen Strafe auch auf Entschädigung für den Verletzten zu erkennen ist, der Richter somit zugleich über die Civilfolgen des Vergehens insoweit mit zu entscheiden hat, macht keinen Unterschied, weil das Gesetz selbst den über die Strafe erkennenden Richter anweist, diese Entschädigung gleichzeitig auszusprechen und festzusetzen. Nach dem in jenen beiden Gesetzen vom 3. Januar 1849 und 3. Mai 1852 angeordneten Verfahren ist nun aber ein besonderer Weg zur Erledigung streitiger Civilfragen, welche bei der Untersuchung eintreten, nicht eröffnet worden, und die Formen der fiscalischen Untersuchung nach §§. 34 ff. Tit. 35. Thl. I. der A. G. O., in denen früher die Anklagen wegen Nachdrucks verhandelt wurden, und welche die Möglichkeit einer besonderen contradictorischen Verhandlung über solche Fragen darboten, existiren nicht mehr. Nur das für die Rheinprovinz ergangene Gesetz vom 31. Januar 1845 über die Civileinreden in Wald-, Feld- oder Jagdfrevelsachen ist durch §. 49. des Gesetzes vom 2. Juni 1852 und durch Art. II. des Gesetzes vom 14. April 1856 auf die ganze Monarchie ausgedehnt, gestattet aber eine analoge Ausdehnung auf andere, als die speciell angegebenen Fälle, also auch auf Nachdrucks-Untersuchungen nicht. Der Strafrichter in diesen Untersuchungen ist daher so berechtigt als verpflichtet, die zu seiner Cognition durch das

Strafurtheil gelangenden, mit demselben unmittelbar verbundenen, Civilfragen zu entscheiden. Die Frage, welche Befugniß er habe, wenn vor Einleitung der Untersuchung diese Fragen im Civilwege bereits anhängig geworden sind, ob er namentlich sodann die Einleitung der Untersuchung bis zu der ergangenen Civilentscheidung sistiren könne, und welchen Einfluß er dieser Entscheidung auf sein Strafurtheil einzuräumen habe, liegt hier nicht vor. Insbesondere erhellt auch, daß der, zumal erst im Laufe der gegenwärtigen Untersuchung, von dem Königlichen Consistorium zu S. gegen den H. auf Anerkennung des ausschließlichen Verlagsrechtes an dem Buche angestrengte Civilproceß durch Zurücknahme der Klage seine Beendigung gefunden hat. Die Möglichkeit einer Reassumirung dieser Klage ist, abgesehen von der Nichtbetheiligung des Angeklagten G. bei derselben, vollends ohne allen Einfluß. Es ist daher weder ein Gesetz, noch auch ein Rechtsgrundsatz dadurch verletzt, daß die Instanzrichter sich geweigert haben, die Frage über das Recht zum Verlag des hier in Rede stehenden Buches zum Civilwege zu verweisen, und daß sie vielmehr selbst darüber erkannt haben.

II. Die zweite hier interessirende Frage war sodann die: unter welchen Umständen eine Schrift, an der ursprünglich ein Verlagsrecht existirt hat, hinterher Gemeingut wird, und welche Rechte derjenige erwirbt, der eine solche, Gemeingut gewordene Schrift neu herausgiebt?

Der erste Richter hatte angenommen, daß der Buchdrucker Spiegel 1722 die Autorrechte an dem Buche gehabt und dieselben auf seine Besitznachfolger, insbesondere auf den zur Zeit der Publication des Allg. Landrechts im Jahre 1794 in Besitz gewesenen Nachfolger transmittirt habe, diesem mithin das Recht der Ausschließlichkeit, welches das Allg.

Landrecht jedem Autor- und Verlagsrechte ertheilt, durch dasselbe von selbst zu Theil geworden sei, und der Denunciant also sich ebenso im Besitze desselben befinde, obwohl das ursprünglich ertheilte und mehrfach erneuerte landesherrliche Privilegium gegen Nachdruck für dieses Gesangbuch inzwischen bereits im Jahre 1809 erloschen sei.

Der Appellations-Richter verneint dagegen das ursprüngliche Autorrecht des Spiegel. Er hält vielmehr nur für erwiesen,

> daß dieser Spiegel sich in dem Besitze eines Manuscripts zu dem Gesangbuche befunden und daß ihm das Recht zugestanden habe, solches durch den Druck zu vervielfältigen und zu debitiren.

Dieses Recht sei aber nach der damaligen Gesetzgebung kein ausschließliches gewesen, und sei es auch durch das spätere Erscheinen des Allg. Landrechts nicht geworden. Denn das letztere habe nur dem rechtmäßigen Verleger, d. h. demjenigen den Schutz gegen den Nachdruck verliehen, welcher des Verlagsrecht, d. h. das im §. 991. Thl. I. Tit. 11. gedachte ausschließliche Recht der Vervielfältigung und Debitirung, und zwar auf die dort vorgeschriebene Weise, erworben habe. Zu diesem Erwerbe sei aber der Umstand allein, daß der ursprüngliche Besitzer das Manuscript mit dem Rechte der Vervielfältigung und Debitirung besessen und dasselbe auf seine Nachfolger transmittirt habe, nicht ausreichend gewesen.

Immer aber, selbst wenn man in solcher Art das Verlagsrecht mit dem Charakter der Ausschließlichkeit anerkennen wollte, nahm der Appellations-Richter jedenfalls eine Lücke in der Transmission desselben bis auf den jetzigen Besitzer, den Denuncianten, an, indem nur die Wittwe des 1809 gestorbenen Besitzers das Verlagsrecht an S.,

den Vorbesitzer des jetzigen Denuncianten, veräußert habe, ihre Legitimation dazu aber nicht constire.

Hiernach sei, so folgert der Appellations-Richter, das Gesangbuch 1809 Gemeingut geworden. Dagegen habe S. dasselbe 1820 neu aufgelegt, und der jetzige Denunciant habe diese Auflage in stehenden Lettern von seinem Vorgänger S. übernommen, und seinerseits 1835 eine neue Ausgabe (mit Abänderungen) veranstaltet.

Sonach handelte es sich um den Umfang der Rechte, welche der Denunciant durch diese von ihm veranstaltete neue Ausgabe an dem, Gemeingut gewordenen, Buche erworben habe.

Festgestellt war, daß der Verfasser des Buches resp. seine Kinder ersten Grades, ferner eine andere zu dem Buche verlagsberechtigte Buchhandlung nicht mehr vorhanden gewesen (§§. 1020. 1029. 1030. Thl. I. Tit. 11. A. L. R.), daß also der Fall des §. 1029. ibid. eingetreten sei, wonach es einem Jeden freisteht, eine neue Ausgabe des Buches zu veranstalten, und der Nachdruck einer solchen neuen Ausgabe nach §. 1032. unter denselben Umständen verboten ist, unter welchen der Nachdruck eines neuen Werkes nicht stattfindet.

Diese Vorschriften, in Verbindung mit denen der späteren Gesetze über den Nachdruck, insbesondere der Verordnung vom 5. Juli 1844, faßte nun der Appellations-Richter im Allgemeinen dahin auf, daß durch die Veranstaltung der neuen Ausgabe von 1835 der Denunciant die vollen Autor- und Verlagsrechte auf das ganze Werk in seinem vollen Umfange erlangt habe, dasselbe also in allen seinen Theilen sein Sondereigenthum geworden sei; daß der Schutz der späteren Gesetze über den Nachdruck auf dasselbe in dem Maaße übergegangen sei, wie derselbe für ältere,

vor diesen Gesetzen erschienene Werke von denselben verliehen worden; daß ihr Verbot des Nachdrucks sich gleichmäßig auf alle Theile des früheren Werkes erstrecke; daß nach diesen Gesetzen endlich der Unterschied zwischen unverändertem und verändertem Abdruck (Auflage resp. Ausgabe) gleichgültig, indem beide verboten seien; dieser Unterschied auch durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben sei.

Aus dieser Auffassung nun folgte von selbst, daß der folgende Haupteinwand des Angeklagten durch den Appellations-Richter verworfen werden mußte.

Der literarische Sachverständigen-Verein hatte nämlich begutachtet,

> daß die als Nachdruck verfolgte Ausgabe des Angeklagten von 1853 zwar zahlreiche Textveränderungen der bisherigen Auflagen resp. Ausgaben des Gesangbuches enthalte, daß dieselbe indeß in Titel, Zusammenstellung, Eintheilung, Anordnung, Zahl und Reihenfolge der einzelnen Lieder mit der Ausgabe des Denuncianten von 1835 übereinstimme, mithin insoweit Nachdruck derselben sei.

Der Einwand des Angeklagten ging nun dahin: daß gemäß jener Textveränderungen seine Ausgabe eine neue selbstständige, ihm nach §. 1029. freistehende Ausgabe des Gemeingut gewordenen Werkes sei; daß aber, was jenen Titel, die Zusammenstellung, Eintheilung u. s. w. der Lieder betreffe, diese nicht eine Eigenthümlichkeit der Ausgabe des Denuncianten von 1835 seien, sondern daß dieselben sich gleichmäßig in allen früheren Auflagen und Ausgaben des Werkes befänden, mit diesem selbst also Gemeingut geworden seien.

Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde des Angeklagten ist das Appellations-Urtel durch das oben gedachte

Erkenntniß des Ober-Tribunals vernichtet, und es ist die Sache in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Vorangeschickt ist ein Hinweis auf die Erwägungen, durch welche der Appellations-Richter zu einer Verneinung des Verlagsrechtes des Denuncianten, also des seiner Druckerei überhaupt zustehenden, seit 1722 bis in die neueste Zeit in derselben fortgesetzten Verlags des Gesangbuches gelangt ist. Sodann heißt es weiter in den

Gründen:

Es kann dahin gestellt bleiben, inwiefern schon bei den zuerst gedachten Erörterungen des Appellations-Richters Rechtsirrthümer in der Auffassung der Natur des Verlagsrechtes und damit auch der gesetzlichen Vorschriften erkennbar sind, in jedem Falle wird seine Entscheidung hierbei durch die rein thatsächliche Feststellung getragen, daß es an einem rechtlichen Nachweise des Ueberganges des Verlagsrechtes von Seiten der Wittwe des L. auf den Besitzvorgänger des H., nämlich auf den Buchdruckereibesitzer S. (im Jahre 1809) fehle, indem nicht erhelle, in wie weit sie, also als Wittwe des gedachten letzten Inhabers L., zur Veräußerung an S. legitimirt gewesen sei, ein schriftlicher Vertrag darüber auch nicht vorgelegt worden sei.

Von diesem Mangel in der Continuität der Uebertragung des Verlagsrechtes auf den Besitzvorgänger des H. und somit auf diesen selbst ausgegangen, ist nun die Auffassung des Appellations-Richters folgende:

Das ursprünglich (im Jahre 1746) ertheilte und später erneute landesherrliche Privilegium, ist im Jahre 1809 mit dem ohne Leibeserben des letzten Privilegirten L. erfolgten Tode desselben erloschen; das Verlagsrecht selbst ist aus dem soeben gedachten Grunde auf den Besitznachfolger der Druckerei des L., auf den S., nicht übergegangen. Das

Gesangbuch ist daher Gemeingut geworden. Aber S. hat dasselbe neu aufgelegt, und H. hat die letzte neue Auflage desselben (von 1820) in stehenden Lettern übernommen. Sodann hat H. selbst 1835 eine neue Ausgabe des Gesangbuches veranstaltet und herausgegeben. Ein anderer Verlagsberechtigter d. h. der Verfasser oder seine Kinder ersten Grades oder eine andere verlagsberechtigte Buchhandlung sind nicht mehr vorhanden gewesen (§§. 1020. 1029. 1030. Thl. I. Tit 11. A. L. R.), mithin hat H. auf diese von ihm resp. von S. veranstaltete neue Ausgabe das volle Verlagsrecht mit dem Charakter der Ausschließlichkeit gegen den Nachdruck nach §§. 1022. 1031. 1032. ibid. erworben, während ein anderer gleicher Erwerb durch einen Dritten nicht nachgewiesen ist. Dieses Verlagsrecht des H. ist aber als ein auf das ganze Werk selbst, also ohne den durch das neuere Gesetz vom 11. Juni 1837 aufgehobenen landrechtlichen Unterschied zwischen Auflagen und Ausgaben desselben, sich erstreckendes aufzufassen. H. trat also nach jenen Vorschriften an die Stelle des eigentlichen Verfassers des Werkes selbst; er war bei dem Erscheinen jenes Gesetzes vom 11. Juni 1837 durch seine neue Ausgabe als der Verfasser des Werkes zu betrachten, und befindet sich somit nach §. 35. jenes Gesetzes und nach der späteren Verordnung vom 5. Juli 1844 bis zum Jahre 1867 in dem ausschließlichen Verlagsrechte des Gesangbuches in allen seinen Theilen.

Abgesehen nun von dem Umstande, daß es sich hier nur um ein Sammelwerk von Kirchenliedern älterer fremder Verfasser (vor 1722) handelt, an welchem ein Autor- und Verlagsrecht nur an der Form der Zusammenstellung und an demjenigen, was der Sammler selbst dem ursprünglich bereits vorhanden gewesenen Texte hinzugefügt hat,

erworben werden kann, so ist doch auch jene Auffassung des Appellations-Richters überhaupt eine rechtsirrthümliche.

Eine Autorschaft an einem literarischen oder artistischen Erzeugnisse, im Sinne der Gesetze zum Schutze dieser Erzeugnisse, ist nur denkbar durch eine individuelle geistige Hervorbringung desselben; es ist also nur derjenige Autor, welcher das Erzeugniß in seinem wesentlichen Bestande, und in der Gestalt, in welcher dasselbe in den Verkehr tritt, als sein Werk hervorgebracht hat. Das Verlagsrecht ist aber nur die Form, unter welcher das Erzeugniß in den Verkehr tritt, also lediglich der Ausfluß aus dem Autorrechte. Die Gesetze gegen den Nachdruck schützen also den Urheber eines geistigen Productes oder dessen Rechtsnachfolger im Verlagsrechte. Wer mithin nicht Urheber oder dessen Rechtsnachfolger ist, hat einen Anspruch auf solchen Schutz nicht.

Diese, den neueren Gesetzen seit dem Bundesbeschlusse vom 9. November 1837 und dem Preußischen Gesetze vom 11. Juni 1837 zum Grunde liegenden, aus der Natur der Sache folgenden, Principien, sind den landrechtlichen Vorschriften im Thl. I. Tit. 11. §§. 996 ff. und Thl. II. Tit. 20. §§. 1294 ff. keinesweges fremd, vielmehr sind auch diese Vorschriften nur aus jenen Principien zu erklären. Die Stellung jener §§. 996 ff. in dem Titel: „Von Verträgen über Handlungen," ferner ihr Inhalt, und endlich ihre Entstehungsgeschichte ergeben, daß es nicht die Absicht gewesen ist, die ganze Lehre über das Eigenthum an literarischen oder artistischen Producten zu behandeln, sondern, daß man nur den Verlagsvertrag, also jene Form, in welcher das Autorrecht in der Regel durch die Uebertragung der daraus fließenden Rechte auf einen Dritten ausgeübt wird, hat behandeln wollen. Als die Quelle

des Verlagsrechtes ist also auch hier immer nur das Autor-
recht gedacht, indem zum Erwerbe des ersteren ein Vertrag
mit dem Autor über die Abtretung des Verlagsrechts
(§. 998.), oder ein Auftrag an den Verfasser zur Ferti-
gung des Werkes gehört (§. 1021.), in welchem letzteren
Falle das Autor- und das Verlagsrecht von dem Auftrag-
geber selbst erworben wird. Wie weit nun also auch das
Allg. Landrecht die Rechte des Verlegers über die Persön-
lichkeit des Autors und seiner Erben hinaus ausgedehnt
haben mag, immer sind doch dieselben nur als die Fort-
setzung des ursprünglichen Autorrechtes gedacht, ohne welches,
wie erwähnt, das Verlagsrecht an und für sich undenkbar ist.

Die neueren Gesetze haben nun bestimmte Schutzfristen,
innerhalb deren sie allein die Ausschließlichkeit des Autor-
und Verlagsrechtes gewähren und anerkennen. Nach Ab-
lauf dieser Fristen wird das Werk Gemeingut. Statt die-
ser bestimmten Schutzfristen hatte das Allg. Landrecht
andere Grenzen für diese Ausschließlichkeit gesetzt. Sie
sind, wie der Appellations-Richter richtig anführt, in den
§§. 1029. 1030. Tit. 11. angegeben, nämlich das Erlöschen
des Verlagsrechtes der betreffenden Buchhandlung und der
Abgang auch der Kinder ersten Grades des Verfassers.
Der Appellations-Richter stellt fest, daß diese Voraussetzun-
gen hier eingetroffen sind. Die Folge ist also hier eben
dieselbe, wie nach jenen neueren Gesetzen bei dem Ablau-
fen der Schutzfristen, d. h. es steht, wie der §. 1029. sagt,
Jedem frei, eine neue Ausgabe des Werkes zu veran-
stalten, das Werk ist demnach, wie der Appellations-Rich-
ter hier gleichfalls richtig feststellt, Gemeingut geworden.

Hat daher der H. von dem Gesangbuche, welches
durch die Erlöschung der Privilegien und durch das Ein-
treten jener Voraussetzungen der §§. 1029. 1030. Gemein-
gut geworden war, im Jahre 1835 eine neue Ausgabe

veranstaltet, so hatte er dazu allerdings die ihm, wie jedem Anderen, zustehende Befugniß ausgeübt; allein der Richter irrt hauptsächlich in der Ausdehnung des Rechtes, welches H. dadurch allein erwerben konnte.

Faßt man nämlich auch das Gemeingut gewordene Werk als herrenloses Gut auf, so ist es doch unstatthaft, auf ein solches die Regeln der Occupation durch dritte Personen anzuwenden. Denn muß man, wie oben gezeigt, das Autorrecht durch individuelle geistige Hervorbringung als die alleinige Quelle des Verlagsrechtes und des gesetzlichen, damit verbundenen Schutzes anerkennen, so ist daneben eine solche Occupation des Gemeingut gewordenen Werkes undenkbar, weil ihr eben jenes Wesen der Autorschaft, die eigene Hervorbringung fehlt; der bloße Wiederabdruck ist keine solche Hervorbringung, sondern giebt nur mechanisch das bereits Vorhandene wieder. Die durch Ablauf der Schutzfristen resp. durch Eintreten der Voraussetzungen der §§. 1029. 1030. erloschenen Autor- und Verlagsrechte können daher als *solche*, d. h. in ihrer ursprünglichen Gestalt, nicht wieder erworben werden. Dagegen können an dem Gemeingut gewordenen Werke andere *selbstständige*, also neue Rechte erworben werden, die ihrerseits, aber nur in ihrer eigenthümlichen Beschränkung, zu Autor- und Verlagsrechten werden können. Wird mithin das Gemeingut gewordene Werk neu *herausgegeben*, und zwar dadurch, daß es entweder ein neues Format, oder eine Vermehrung oder Emendation des Textes, eine neue wesentliche Eintheilung u. s. w. (§. 1012.) erhält, so ist diese neue *Ausgabe* in ihrer so sich darstellenden Eigenthümlichkeit Gegenstand eines neu erworbenen Rechtes mit dem Schutze gegen Nachdruck. Daraus folgt jedoch von selbst, daß durch solche neue Ausgabe Dritte nie-

mals gehindert werden können, das alte Gemeingut gewordene Werk, weil es eben ein solches geblieben ist, in seiner alten Form wieder abzudrucken, oder auch selbst eine neue Ausgabe von dem Werke in dem obigen Sinne zu veranstalten, sofern nur diese von der Ausgabe des Anderen verschieden ist. Es soll also auch bei dem Gebrauche, der von dem Gemeingut gewordenen Werke gemacht wird, immer nur das Autorrecht, soweit dasselbe reicht, folglich nur Dasjenige geschützt werden, was dem Werke Neues und Eigenthümliches hinzugefügt ist, ohne daß dadurch der Character des Gemeingutes, als solchen, nämlich der früheren Form und des früheren Textes des Werkes, geändert wird.

Diese Grundsätze sind denn zum Theil in verschiedenen positiven Gesetzgebungen, überall aber in der Wissenschaft anerkannt, und auch die Vorschriften des Allgem. Landrechts lassen dieselben erkennen.

Der §. 1029. gestattet nämlich, wie bereits bemerkt, Jedem die Veranstaltung einer neuen Ausgabe von dem Gemeingut gewordenen Werke, und der §. 1032. fügt hinzu:

> Auch der Nachdruck solcher Ausgaben ist unter denselben Umständen unerlaubt, unter welchen der Nachdruck eines neuen Werkes nach den obigen (vorangehenden) Vorschriften nicht Statt findet.

Das Gesetz nennt also nur Ausgaben, nicht Auflagen (§§. 1011—1012.) eines solchen Gemeingut gewordenen Werkes, deren Nachdruck verboten sein soll. Daraus folgt von selbst, daß das Gesetz nur Dasjenige schützen will, was den Character der Production als neue Ausgabe bildet, nämlich die selbstständigen von dem Herausgeber getroffenen Veränderungen im Format oder in dem Inhalte (§. 1012.). Hätte es aber, wie der Appellations-Richter will, damit auch das ganze Werk, also mit

Einschluß des älteren Formates und des älteren Inhaltes, dem neuen Herausgeber, als Occupanten des herrenlosen Gutes, übereignen wollen, so hätte es seinen Schutz demselben auch in Beziehung auf bloße Auflagen, also auf unveränderte, gänzliche oder theilweise Wiederabdrücke des alten Werkes ertheilen müssen, was indeß nicht geschehen ist.

Hiergegen ist nun zwar eingewendet worden, der §. 1032. sage

unter eben den Umständen, unter welchen der Abdruck eines neuen Werkes nicht stattfindet;

die vorangehenden in Bezug genommenen Vorschriften gestatteten aber in der Regel auch nur den theilweisen Abdruck durch Dritte nicht, mithin auch nicht dieser im §. 1032. gedachten neuen Ausgaben. Allein sowie die ganze Vorschrift überhaupt, so bezieht sich auch diese Bezugnahme auf jene vorangehenden Vorschriften eben nur auf dasjenige, was das Wesen der neuen Ausgabe nach der obigen Auseinandersetzung bildet. Das Neue, wodurch dieselbe Ausgabe wird, soll weder ganz noch theilweise nachgedruckt werden.

Es wird ferner auf §. 1031. verwiesen, welcher verordnet:

Uebrigens gilt zwischen diesem neuen Verleger und dem Schriftsteller, welcher die neue Ausgabe besorgt, Alles das, was bei neuen Werken verordnet ist.

Auch hierin findet man eine Zurückverweisung auf die vorangehenden Vorschriften über den Verlagsvertrag, welcher neue Auflagen und Ausgaben ohne Genehmigung des Schriftstellers (Autors) unter Umständen verbietet. Allein auch dieses Verbot erstreckt sich ja nur soweit, als das Autorrecht selbst und der neue Verlagsvertrag reichen. Ein Autorrecht ist aber, wie gezeigt, bei neuen Ausgaben von Gemeingut gewordenen Werken nur soweit vorhanden, als den Letzteren

Neues und Eigenthümliches hinzugefügt, an oder mit demselben eine selbstständige geistige Hervorbringung bewirkt ist; auch nur darauf kann sich daher der neue Verlagsvertrag zwischen diesem Autor und dem neuen Verleger beziehen. Von einem neuen Verlagsvertrage über ein ganzes Gemeingut gewordenes Werk zwischen einem Schriftsteller und einem neuen Verleger kann, da jenes in seiner älteren Gestalt dem Schriftsteller nicht gehört, und von ihm mit Ausschließung Dritter niemals erworben werden kann, keine Rede sein. —

Endlich aber wird behauptet, jene beschränktere Auffassung des §. 1032. beziehe sich nur auf Werke, an denen überhaupt niemals ein Autor- und Verlagsrecht bestanden hat, wie z. B. an den alten römischen oder griechischen Classikern, nicht aber auf solche Werke, welche die vorangehenden Vorschriften überhaupt nur im Auge haben, an denen also ein Autor- und Verlagsrecht resp. ein Verlagsvertrag bestanden hat, die aber durch Erlöschung der Letzteren allein hinterher erst Gemeingut geworden, während die zuerst gedachten Werke immer Gemeingut gewesen sind. Allein auch diese Unterscheidung, durch welche einer buchhändlerischen Monopolisirung der Werke älterer, classischer Literatur vorgebeugt werden soll, ist unhaltbar. Allerdings hat der §. 1032. nur das Erlöschen eines bestandenen Autor- und Verlagsrechtes im Auge, allein nur deshalb, weil ja der ganze Titel des Gesetzbuches nur von dem Verlagsvertrage zwischen dem Autor- und dem Verleger handelt; es konnte somit eine Vorschrift über Werke, an denen jene Rechte niemals bestanden haben, hier nicht gegeben werden. Sodann aber widerlegt sich die Unterscheidung durch das oben vorangestellte Princip überhaupt. Kann die Quelle neuer Rechte an im Gemeingut befind-

lichen Werken immer auch nur ein Autorrecht sein, so muß dasselbe daran oder mit demselben neu erworben werden, also, wie gedacht, durch neue Ausgaben; dann aber ist es gleichgültig, ob ältere Rechte an jenen Werken niemals bestanden haben, oder ob sie früher allerdings bestanden haben, und nur erloschen sind.

In dem bisher vorgetragenen Sinne ist dann auch die Vorschrift des §. 1032. sowohl bei der Gesetzrevision (Pensum XIV. S. 177.), als auch von den Schriftstellern über Preußisches Recht verstanden worden.

Nun hat indeß der Appellations-Richter auch die Vorschriften der neueren Gesetze, welche sich auf die älteren bereits erschienenen Werke beziehen, ins Auge gefaßt, und es mußte dies geschehen, weil die neue Ausgabe des H. 1835 erschienen, darauf das Gesetz vom 11. Juni 1837 mit seinen ergänzenden Gesetzen ergangen, und hiernächst erst der angebliche Nachdruck des Angeklagten im Jahre 1853 veranstaltet ist. Indeß auch diese Rücksicht auf die neuen Gesetze unterstützt die Ansicht des Appellations-Richters in keiner Weise. Der §. 35. des Gesetzes vom 11. Juni 1837 gewährte den Schutz des letzteren allen bereits gedruckten Schriften. Das spätere Gesetz vom 5. Juli 1844 drückte dies im §. 1. dahin aus:

> Der Schutz des Gesetzes vom 11. Juni 1837 soll auch für diejenigen vor Publication desselben im Inlande erschienenen Schriften u. s. w. stattfinden, welche durch die damals gültigen Gesetze gegen Nachdruck noch geschützt waren.

Es ist klar, daß das Gesetz vom 11. Juni 1837 durch diese Vorschriften weder einen stärkeren Schutz, als es den neuen seit seiner Publication erschienenen Schriften selbst nur gewährt, noch insbesondere einen stärkeren Schutz, als

ihn die älteren Gesetze zur Zeit der Entstehung der älteren Werke nur kannten, diesen letzteren Werken hat gewähren wollen. Voraussetzung ist also, daß überhaupt ein Werk zur Zeit der Publication des Gesetzes von 1837 nach den damaligen Gesetzen gegen Nachdruck noch geschützt war. Hatte ein solches Werk den Schutz bereits verloren, war es bereits Gemeingut geworden, so konnte es unter dem neuen Gesetze und durch dasselbe in seiner Totalität nicht wieder Sondergut werden. Insbesondere aber ist festzuhalten, daß sich in Beziehung auf die dem Autor- und Verlagsrechte zum Grunde liegenden Principien im Allgemeinen Nichts geändert hat. Nach wie vor ist nur das Autorrecht die Quelle des Verlagsrechtes und des gesetzlichen Schutzes für die Ausschließlichkeit; dies ist in den neueren Gesetzen nur um so entschiedener ausgedrückt. In wie weit also an einem Gemeingut gewordenen Werke neue Rechte mit den Folgen des gesetzlichen Schutzes erworben werden können, ist für die Werke vor jener Publication und für diejenigen nach jener Publication durchaus nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen; nur die Voraussetzungen, unter denen überhaupt ein Werk Gemeingut wird, haben sich durch die neueren Gesetze geändert. Hiernach hat die neue Ausgabe des H. von 1835 den Schutz, den sie als solche damals erwarb, unter dem Gesetze vom 11. Juni 1837 behalten und solcher ist demselben durch §. 2. des Gesetzes vom 5. Juli 1844 bis zum Jahre 1867 ausgedehnt. In welchem Maaße aber jener Ausgabe der Schutz gebührt, das ist oben dargethan, und darin ist, wie gezeigt, durch jene neuen Gesetze Nichts geändert. Mag daher auch in diesen Gesetzen unter Umständen schon der theilweise Abdruck für einen Nachdruck erklärt sein, so ist dasselbe ja auch schon in den oben angezogenen landrechtlichen Vor-

schriften geschehen. Daß dadurch allein aber in Beziehung auf den Umfang neuer Rechte an Gemeingut gewordenen Werken Nichts hat geändert werden sollen und können, ist bereits nachgewiesen.

Daß nun der Appellations-Richter bei seiner Entscheidung in der That von der bisher widerlegten irrigen Auffassung über den Umfang der durch H. mittelst der neuen Ausgabe von 1835 an dem Gemeingut gewordenen Werke erworbenen Rechte ausgegangen sei, erhellt noch deutlicher aus Folgendem.

1) Er untersucht, ob inzwischen, seitdem das Werk Gemeingut geworden, d. h. seit dem Erlöschen des Privilegs u. s. w. (1809), ein Anderer außer S. und sein Nachfolger H. dasselbe neu herausgegeben hat. Er verneint dieß: schließt also daraus, deutlich, daß H. solus und primus occupans geworden sei.

2) Er fügt dem hinzu, daß das Werk seit 1722 immer nur in der jetzt H.schen Druckerei gedruckt sei, und daß H. die letzte neue Ausgabe seines unmittelbaren Vorgängers S. (von 1820) in stehenden Lettern übernommen, und so weiter bis zu seiner neuen Ausgabe aufgelegt habe. In dieser *factischen* Continuität — nicht in der *rechtlichen*, die er eben verneint, und wodurch er zu dem Schlusse des Gemeinguts kommt — sieht er also nur erwiesen, daß die früheren Auflagen oder Ausgaben des S. nicht die frühere Occupation eines Dritten gewesen seien, die aber nach seinem Princip die Occupation des H. ausgeschlossen haben würde.

3) Der Appellations-Richter verneint endlich ausdrücklich die Erheblichkeit des Umstandes, welchen Angeklagter behauptet, daß nämlich zwischen seinem Nachdrucke von 1853 und der hier in Rede stehenden Ausgabe des

H. von 1835 eine Identität nur in Titel, Zusammenstellung, Eintheilung u. s. w. bestehe, diese Merkmale aber dieser H.'schen Ausgabe nicht neu und eigenthümlich seien, sondern dem Werke bereits in seinen früheren Auflagen angehört hätten, mithin kein Nachdruck nur dieser Ausgabe von 1835 sein könnten. Diesen Einwand verwirft er aus folgenden Gründen: einmal komme es bei der Frage über den Nachdruck überhaupt nur darauf an, welcher Text gedruckt worden; sodann aber sei, als Angeklagter 1853 seinen Nachdruck herausgab, inzwischen das Gesetz vom 11. Juni 1837 erschienen gewesen, welches dem Autor und dessen Rechtsnachfolger Schutz verlieh; H. sei durch seine neue Ausgabe von 1835 nach §. 1031. 1032. A. L. R. als Autor des Werkes zu betrachten; ihm gegenüber sei nach §. 1. jenes Gesetzes von 1837 jeder auch nur theilweiser Nachdruck verboten; die §§. 1020. 1029. und der im §. 1011. gemachte Unterschied zwischen Auflage und Ausgabe seien aber durch §. 37. des Gesetzes von 1837 (verbis: „Alle diesem Gesetze entgegenstehende oder von ihm abweichende frühere Vorschriften treten außer Kraft") aufgehoben, Angeklagter könne diese Vorschriften also für seine erst 1853 erschienene Ausgabe nicht mehr anrufen, mithin sei H. des gesetzlichen Schutzes nach §. 2. des Gesetzes von 1837 auch in Beziehung auf Titel, Zusammenstellung u. s. w. theilhaftig geworden, gleichviel, ob seine Ausgabe diese mit früheren Ausgaben des Gesangbuches gemein hatte, oder nicht. Beide Rechtssysteme, des Allg. Landrechts und des neuen Gesetzes, dienen also dem Richter in ihrer Verbindung deutlich dazu, um dem H. ein neues ausschließliches Verlagsrecht an dem ganzen Werke lediglich auf Grund seiner neuen Ausgabe beizulegen. Ist nun aber der Vordersatz, daß nämlich der H. ein neues Verlagsrecht an dem ganzen

Werke bloß durch seine neue Ausgabe erworben habe, unrichtig, so sind es natürlich auch die hier zu 3 angegebenen daraus gezogenen Folgerungen. Der Text in seiner Gesammtheit, also abgesehen von den Aenderungen dieser neuen Ausgabe, konnte dem H. eben nur dann gehören, wenn er, wie doch nicht der Fall, das neue Verlagsrecht in jenem Umfange erworben hätte. Sodann hat, wie gezeigt, das neue inzwischen vor der Herausgabe der Ausgabe des Angeklagten von 1853 erschienene Gesetz von 1837 und die Verordnung von 1844 einen größeren Umfang eines Verlagrechtes, als er bis dahin bestanden hatte, nicht anerkennen und schützen wollen, mit anderen Worten, das bis dahin an einem Gemeingut gewordenen Werke durch dessen neue Herausgabe nur in tantum — in Hinsicht auf die Veränderungen und Zusätze — erworbene Verlagsrecht konnte durch das Erscheinen jener Gesetze allein nicht zu einem Verlagsrecht in totum — in Hinsicht auf das ganze Werk — werden. Die §§. 1020. und 1029. des A. L. R. sind allerdings, wie der Appellations-Richter ausführt, durch die neue Gesetzgebung aufgehoben, nachdem der H. inzwischen nach ihnen sein neues Verlagsrecht erworben hatte; wenn indeß der Appellations-Richter der Meinung gewesen sein sollte, daß nun der Angeklagte nicht ein gleiches Recht auf Grund dieser inzwischen aufgehobenen Vorschriften habe erwerben können, so sind dabei die beiden Voraussetzungen irrig, einmal daß H. inzwischen bereits das volle Verlagsrecht an dem ganzen Werke erworben gehabt, und sodann, daß die neue Gesetzgebung den Grundsatz des §. 1029., es könne Jeder ein Gemeingut gewordenes Werk abdrucken, nicht kenne. Endlich aber ist die Annahme des Appellations-Richters, auch der §. 1011. A. L. R. mit dem Unterschied zwischen Auf-

lagen und Ausgaben sei aufgehoben, gleich irrig. Dieser Unterschied hat immer nur in dem Verhältniß des Autors zum Verleger bestanden, und besteht in diesem Verhältniß auch jetzt noch fort; Dritten gegenüber, d. h. in Beziehung auf die Verletzung des Verlagsvertrages durch den Nachdruck eines Dritten, hat er gar keine oder doch nur eine höchst untergeordnete hier gar nicht in Rede stehende Bedeutung gehabt; die landrechtlichen Commentatoren sind daher auch sämmtlich über das Fortbestehen jenes Unterschiedes auch unter der neueren Preßgesetzgebung einverstanden. Nur durch den falschen Schluß eines vollen neuen Verlagsrechtes des H. konnte daher der Appellations-Richter dahin gelangen, die neue Ausgabe desselben auch in Beziehung auf das, was schon in den früheren Auflagen gleichmäßig enthalten war, für sein Eigenthum zu erklären, und es für unerheblich zu erachten, daß der Nachdruck des Angeklagten nur gegen einen Bestandtheil — Titel, Zusammenstellung, Eintheilung u. s. w. — gerichtet sei, welcher gleichmäßig sowohl in jener neuen Ausgabe als in den älteren Auflagen enthalten, also kein neuer unterscheidender Bestandtheil der ersten allein sein sollte.

Nach dieser Erörterung ist also die Sachlage folgende. Der erste Richter ging in der Untersuchung und bei seinen Entscheidungen von der Voraussetzung eines ursprünglich von den Besitzvorfahren des H. erworbenen und auf diesen selbst übergegangenen vollen Verlagsrechtes an dem ganzen Gesangbuche in allen seinen Theilen aus. Diese Voraussetzung lag daher auch dem status causae, welcher dem literarischen Sachverständigen-Verein zur Beantwortung der Frage über den Nachdruck vorgelegt wurde, zum Grunde; sie ist darin ausdrücklich aufgenommen. Wenn daher nunmehr der Sachverständigen-Verein erklärte:

daß der von dem Angeklagten veranstaltete Abdruck des Gesangbuches mit Rücksicht darauf, daß derselbe mit dem H.schen Gesangbuche in Titel, Zusammenstellung, Eintheilung, Zahl und Reihenfolge der einzelnen Lieder übereinstimmt, und ungeachtet der von dem Angeklagten specificirten Aenderungen der Liedertexte, für einen unerlaubten Nachdruck des H.schen Gesangbuches zu erachten sei,

so war dabei natürlich jene Voraussetzung leitend, daß eben das ganze Werk, also mit Einschluß von Titel, Zusammenstellung u. s. w. das ausschließliche Eigenthum des H. sei.

Der Appellations-Richter verwirft nun aber die Fundamente für das ursprünglich erworbene resp. für das fortgesetzte Verlagsrecht des H. an dem Gesangbuche, erklärt dasselbe vielmehr seit dem Jahre 1809 für ein Gemeingut gewordenes Werk, und an dieser Feststellung muß für die Nichtigkeits-Instanz deshalb festgehalten werden, weil sie durch den Mangel des Nachweises eines Rechtes zur Uebertragung des Verlags von Seiten der Wittwe L. auf S. zu einer thatsächlichen geworden ist. Die Folgerungen jedoch, welche der Appellations-Richter an diese Feststellung des Gemeingutes in Verbindung mit der neuen Herausgabe des H. im Jahre 1835 dahin knüpft, daß nämlich dadurch ein neuer Verlag an dem ganzen Werke erworben sei, ist eine irrige, vielmehr ist nur das allein als richtig anzuerkennen:

daß H. durch die neue Ausgabe nur an dem, wodurch dieselbe allein zu einer Ausgabe im Sinne des §. 1012. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. wird, also nur an den Veränderungen des alten Werkes, an dem, was er demsel-

ben Neues und Eigenthümliches hinzugefügt hat, ein neues Autor- und Verlagsrecht erworben habe.

Wenn nun auf diese veränderte Sachlage jenes unter ganz anderen Voraussetzungen ergangene Gutachten des Sachverständigen-Vereins nicht mehr paßt, wenn ferner der Appellations-Richter im Wesentlichen nur aus jener irrigen Rechtsansicht die Behauptung des Angeklagten in der Appellations-Instanz, daß der von ihm nachgedruckten Ausgabe des H. jene Merkmale von Titel, Zusammenstellung, Eintheilung u. s. w. in denen allein der Nachdruck gefunden worden, nicht neu und eigenthümlich seien, daß sie diese Merkmale vielmehr mit allen früheren, als Gemeingut erkannten, Productionen des Gesangbuches gemein haben, so folgt von selbst, daß die Entscheidung des Appellations-Richters der Vernichtung unterliegt, und daß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Instanz zurückgewiesen werden muß.

№ 53. (Crimin.-S. Nr. 12.)

Stempel zu einem Bauvertrage.

Muß zu einem Bauvertrage, worin der Baumeister auch die Lieferung der Materialien übernimmt, neben dem allgemeinen Vertrags-Stempel noch der Stempel für „Lieferungs-Verträge" verwendet werden?

Allgemeine Vorschriften Nr. 1., und Positionen „Verträge" und „Lieferungs-Verträge" des Stempel-Tarifs vom 7. März 1822.

A. L. R. Thl I. Tit. 11. §§. 925. 926. und 981 ff.

Der Kunstfärber M. und der Zimmermeister B. haben zu einem Vertrage unter der Ueberschrift „Baucontract" vom 15. Mai 1858 einen Stempelbogen von 15 Sgr. verwendet. Die erheblichen Bestimmungen des Vertrages lauten:

§. 1. Der Unternehmer B. übernimmt die Ausführung sämmtlicher Arbeiten und Lieferung der zugehörigen Materialien Behufs Erbauung eines neuen Wohngebäudes für Herrn M. auf dessen Baustelle. Der Ausführung und Lieferung der Arbeiten und Materialen liegt der Kostenanschlag vom 15. April zu Grunde.

§. 2. Die Ausführung erstreckt sich auf die völlige Vollendung des Gebäudes, während alle im Anschlage nicht enthaltenen Arbeiten und Lieferungen, die nicht nothwendig zum Bau gehören, als Tapezier-Arbeiten — — ausgeschlossen und Sache des Bauherrn bleiben.

§. 3. Als Preis für die contractliche Herstellung des Baues erhält der Unternehmer die im Anschlage ermittelte und festgesetzte Bausumme von 5525 Thlr.

Unter dieser Summe waren nach Inhalt des beigefügten Anschlags für Materialien 2346 Thlr. 21 Sgr. vorgesehen. Die Gerichtsbehörde, wobei der Vertrag zuerst vorgelegt wurde, hielt deshalb dafür, daß außer dem Stempel von 15 Sgr. nach der Position „Verträge" im Stempel-Tarife, welche für die Entreprise-Verträge als solche unbestrittenermaaßen zur Anwendung kommt, auch der Stempel für „Lieferungs-Verträge," die der Tarif gleich den Kaufverträgen besteuert, mit $\frac{1}{3}$ Procent von 2346 Thlr. zu verwenden gewesen sei, und erließ wegen Nichtgebrauchs des Letzteren ein Strafresolut wider M. und B. Diese haben dagegen auf rechtliches Gehör provocirt und ein freisprechendes Erkenntniß des Kreisgerichts zu Paderborn er-

wirkt, welches auf die Appellation der Staats-Anwaltschaft von dem Appellations-Gerichte daselbst bestätigt worden ist.

Beide Richter sind davon ausgegangen, daß der vorliegende Vertrag weder ganz noch theilweise als ein Lieferungs-Vertrag in rechtlicher Bedeutung anzusehen sei, sondern nach den §§. 925. 926. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. im Ganzen einen Vertrag über ein bedungenes Werk darstelle und sich der Begriffsbestimmung des §. 981. das. durchaus entziehe.

Der Ober-Staats-Anwalt hat gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß die Richtigkeits-Beschwerde angemeldet und der Provinzial-Steuer-Director die Rechtfertigung derselben übernommen, indem er auszuführen suchte, daß die vorigen Richter die §§. 925. 926. a. a. O. unrichtig angewendet, den §. 981. das. zu eng ausgelegt und die allgemeine Vorschrift Nr. 1. zum Stempel-Tarife durch Unterlassung ihrer Anwendung verletzt hätten. Denn die Fassung des §. 926. gebe — im Gegensatze zu der Annahme der Instanz-Richter — deutlich zu erkennen, daß die Uebernahme der Materialien-Lieferung durch den Werkmeister einen besonderen Vertrag für sich bilde, welchem nur ausnahmsweise nicht die regelmäßige Wirkung der gewöhnlichen Lieferungs-Verträge gemäß §. 987. a. a. O., sondern die Wirkung aus §. 876. beigelegt sei. Die Begriffsbestimmung der Lieferungs-Verträge im §. 981. passe aber sowohl auf die Verpflichtung des Bauunternehmers als eines Dritten, die Materialien für den Bauherrn herbeizuschaffen, und werde durch den Umstand, daß vermöge jener der Werkmeister und der Lieferant eine und die nämliche Person und daher der Lohn für die Arbeit und der Preis für die Materialien oft in einer Gesammtsumme bestimmt seien, nicht berührt.

Die Verwaltungs-Ministerien haben die oben herausgehobene Frage wiederholt bejah't (Rescripte des Finanz-Ministeriums vom 25. Juni, 8. November 1822 und 12. Juli 1834, — Circular-Rescript des Ministeriums des Innern und der Finanzen vom 20. Mai 1829. Siehe Schmidt's Commentar Bd. 1. S. 30. Anmerk. 33 ff. Bd. 2. Nr. 49 ff.).

Das Ober-Tribunal in der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen hat jedoch durch Urtel vom 14. April 1859 die verneinende Ansicht der Gerichte in Paderborn für begründet erkannt und die Nichtigkeits-Beschwerde der Provinzial-Steuer-Direction zurückgewiesen,

in Erwägung, daß unter den stempelpflichtigen „Gegenständen und Geschäften" in Nr. 1. der allgemeinen Vorschriften zum Stempel-Tarife vom 7. März 1822 nur solche verstanden werden können, welche der Tarif vorgesehen hat, daher hinsichtlich einer schriftlichen Verhandlung, welche verschiedene Geschäfte im vulgären Sinne umfaßt, die verschiedenen Positionen des Tarifs über verschiedene Gattungen von Verträgen oder die Position für eine bestimmte Gattung, wie Lieferungs-Verträge, neben der Position der Verträge, wofür kein besonders bestimmter Stempel zu entrichten ist, nur in sofern anwendbar erscheinen, als jene Geschäfte verschiedene Rechtsgeschäfte oder verschiedene Verträge ihrem Rechtsbegriffe nach bilden, ohne Unterschied, welche thatsächlichen Merkmale — Handlungen und Gegenstände — der gesetzliche Rechtsbegriff eines und desselben Vertrages umfaßt;

daß es für den vorliegenden Fall also darauf ankommt, ob das Gesetz, namentlich das Allg. Landrecht, unter dessen Herrschaft der Vertrag vom 15. Mai 1858 ge-

schlossen worden ist, einen schriftlichen Vertrag, wodurch ein Baumeister die Ausführung eines Bauwerks übernimmt, ganz oder theilweise als einen Lieferungs-Vertrag ansehe, mit anderen Worten, ob nach der Civilgesetzgebung in einem solchen Schriftstücke nur Ein Vertrag, sei es ein Verdingungs- (Entreprise-) oder ein Lieferungs-Vertrag, oder aber diese beiden Gattungen von Verträgen zu erkennen seien;

daß diese Frage schon im römischen Rechte aufgeworfen und dahin entschieden worden ist, daß immer **unum negotium**, und zwar eine **locatio conductio** anzunehmen sei, wenn es sich um ein Bauunternehmen handelt, während in anderen Fällen, worin gleichfalls Stoff und Arbeit von einem Werkmeister zu liefern ist, dem Stoffe eine überwiegende Bedeutung beigelegt und der Vertrag ganz als Kaufvertrag angesehen wurde (L. 22. §. 2. D. loc. cond. L. 2. §. 1. eod. L. 20. D. de contr. emt.);

daß das Allg. Landrecht — ungeachtet seiner Abweichung von dem Systeme und der Terminologie des römischen Rechts — im Angesichte dieser gemeinrechtlichen Controverse in den §§. 925 ff. Thl. I. Tit. 11. unter der Rubrik 4. „Verträge über ein verdungenes Werk" und „insonderheit von verdungenen Bauen" für dergleichen Verträge einen und den nämlichen Gattungsbegriff aufgestellt, auf dieselben ohne Unterschied die allgemeinen Grundsätze der §§. 869 ff. daselbst anwendbar erklärt, damit als characterisirende Hauptsache unter den Leistungen des Werkmeisters die Arbeit und Kunst bezeichnet, von diesem Gesichtspunkte aus im §. 926. für den Fall der Hergabe der Materialien durch denselben den Vorwand der Verletzung ausgeschlossen, diese Be-

stimmung mittelst Verweisung auf §. 816. (in Klammern) als natürlichen Ausfluß der Regel bei den Verträgen über Handlungen gedeutet und die besonderen Wirkungen, welche sich an die Nebenbestimmung der Materialien-Anschaffung durch den Werkmeister in einem Verdingungs-Vertrage knüpfen können, unter einzelnen Paragraphen der Lehre über den Hauptvertrag (§§. 936. 956. 960. 963. vergl. mit 949 ff. 957.) behandelt, überall also die unitas actus als eines Vertrages facio ut des — über einen Bau gegen eine Geldsumme — festgehalten hat und nicht zuläßt, die Stipulation der Materialien-Lieferung Seitens des Baumeisters als einen selbstständigen, von dem Verdingungs-Vertrage verschiedenen, Vertrag zu betrachten;

daß erst nach völligem Abschlusse der gedachten, die Materialien-Lieferungen der Werkmeister zu den von ihnen selbst auszuführenden Werken mit umfassenden und erschöpfenden, Bestimmungen unter einer neuen Rubrik in den §§. 981 ff. a. a. O. von den Lieferungs-Verträgen die Rede ist und dabei andere, auf die Lieferungen der Werkmeister im Verdingungs-Contracte unanwendbare, Bestimmungen getroffen werden, woran sich im §. 987. die allgemeine Gleichstellung der Lieferungs-Verträge mit Kaufverträgen rücksichtlich des Rechtsverhältnisses der Contrahenten nach geleisteter Lieferung schließt, welche das Wesen der Lieferungs-Verträge als ein gemischtes Rechtsgeschäft zwischen den Verträgen facio ut des und den Kaufverträgen in einem principiellen Gegensatze zu dem Wesen der Verdingungs-Verträge darstellt;

daß in Uebereinstimmung hiermit nach den §§. 959. und 976. a. a. O. die Materialien während der Arbeit noch Eigenthum desjenigen, der sie liefert, möge er der

H 2

Bauherr oder Werkmeister sein, bleiben und nicht als Sachen für sich (Species) im letzteren Falle vom Werkmeister auf den Bauherrn gegen den Anschlagspreis übergehen, sondern diesem erst das Werk als Kunstproduct in einem untheilbaren Ganzen vermöge des Verdingungs-Vertrages überliefert wird, nachdem der Baumeister seiner Seits vermöge eines oder mehrerer Lieferungs-Verträge mit dritten Personen auf dem dazu erforderlichen Stempelpapiere die Materialien sich verschaffen mußte, wie es bei anderen Bauverträgen der Bauherr zu thun hat;

daß demgemäß der vorige Richter mit Recht den §. 981. Thl. I. Tit. 11. A. L. R., die Position „Lieferungs-Verträge" im Stempel-Tarife und die allgemeine Vorschrift Nr. 1. zu demselben auf den Vertrag vom 15. Mai 1858 ganz unanwendbar erklärt, und die §§. 925. 926. a. a. O. nicht unrichtig angewendet hat.

№ 54. (Crimin.-S. Nr. 13.)

Reformatio in pejus in Straf-Sachen.

Es ist eine unzulässige reformatio in pejus, wenn der Appellations-Richter, auf die von dem Angeklagten allein eingelegte Appellation, das denselben wegen eines gegen ihn thatsächlich festgestellten Vergehens verurtheilende Erkenntniß der Gerichts-Abtheilung aufhebt, und aus dem Grunde, weil die Handlung des Angeklagten sich als ein zur Competenz des Schwurgerichts gehöriges Verbre-

chen qualificire, die Sache vor das Schwurgericht verweiset. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 263.

Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 126. Ges.-S. S. 14.
Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 101. 102. Abs. 2. Ges.-S. S. 209.
Criminal-Ordnung §. 528.

Der Privatschreiber Ludwig K. ist im Jahre 1859

a. wegen eines von ihm verübten Diebstahls
b. wegen eines von ihm auf den Namen des Rechts-Anwalts Sch. entnommenen Postvorschusses von 4 Thlrn. 23 Sgr.

vor Gericht gestellt worden. Die Anklage fand in der sub b. aufgeführten Handlung die Merkmale des Betruges und das Kreisgericht zu Glogau erkannte am 25. Juni 1859, daß K. eines Betruges und eines einfachen Diebstahls schuldig und deshalb mit einjährigem Gefängniß, 50 Thlr. Geldbuße u. s. w. zu bestrafen sei. In Bezug auf den Betrug hatte das Kreisgericht festgestellt:

daß der Angeklagte in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen der Eheleute L. dadurch beschädigt, daß er durch das Vorbringen der unwahren Thatsache: „daß der Rechts-Anwalt Sch. zu P. Absender des von ihm selbst geschriebenen an den L. adressirten und mit einem Postvorschuß von 4 Thlrn. 23 Sgr. beschwerten Briefes sei," die Ehefrau L. in einen Irrthum versetzte, wodurch veranlaßt wurde, daß dieselbe den Brief annahm und öffnete, demnächst aber den Postvorschuß nebst Porto mit 5 Thlr. 4 Sgr. an den Briefträger zahlen mußte.

Der Angeklagte allein, — nicht der Staats-Anwalt — appellirte, bestritt den bei beiden Anklagepunkten gegen ihn angenommenen Belastungsbeweis und beantragte seine Frei-

sprechung. Das Appellations-Gericht zu Glogau erkannte hierauf am 16. August 1859:

daß das erste Urtel aufzuheben, der Criminal-Senat auf die eingelegte Appellation nicht für competent zu erachten, der Angeklagte K. wegen einer Urkundenfälschung und eines einfachen Diebstahls in Anklagestand zu versetzen und die Sache vor das Schwurgericht zu Glogau zu verweisen.

In den Entscheidungsgründen führt das Appellations-Gericht aus, daß sich die Handlung des Angeklagten bei der Vorschuß-Erhebung nicht als Betrug, sondern als das Verbrechen der Urkundenfälschung qualificire, demnach die Gerichts-Abtheilung incompetent sei und die Aburtelung dem Schwurgerichte zustehe (Art. XIII. des Einführungs-Gesetzes). Der Angeklagte erscheine belastet:

in der Absicht, sich Gewinn zu verschaffen einen Brief, in dessen Context er die verehelichte L. benachrichtigte „daß er im Auftrage ihres Ehemannes in seiner Proceßsache dem Rechts-Anwalte R. in R. die Klagebeantwortung übergeben habe und die dafür entstandenen, durch Postvorschuß entnommenen Kosten mit 4 Thlr. 23 Sgr. an R. absenden werde" und auf dessen Couvert er außer der Adresse des Bohrmeisters L. den Vermerk schrieb

„Absender Rechts-Anwalt Sch.; 4 Thlr. 23 Sgr. Postvorschuß"

fälschlich angefertigt und von demselben zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht zu haben.

Der Appellations-Richter erwog insbesondere, daß zwar der Staats-Anwalt sich bei der vom ersten Richter angenommenen Competenz beruhigt habe, dieser Umstand aber, sowohl nach der Natur der Sache, als nach der kategorischen Bestimmung des Art. 7. des Gesetzes vom 3.

Mai 1852, den zweiten Richter nicht hindern könne, selbstständig und von Amtswegen seine Competenz zu prüfen. Der Art. 102. a. a. O. weise auch den Appellations-Richter an, das erste Urtel im Falle der Nichtigkeit aufzuheben und als Fall der Nichtigkeit werde eben hervorgehoben, wenn sich der erste Richter mit Unrecht für competent erachtet habe. Ein Unterschied, ob der Angeklagte oder der Staats-Anwalt appellirt, werde nicht gemacht. Eine solche Reformation erscheine auch nicht als eine unzulässige reformatio in pejus, denn der Angeklagte komme dadurch, daß er vor den gesetzlichen Richter verwiesen werde, nicht in eine schlimmere Lage; er könne dort auch völlig freigesprochen werden. Ob aber das Schwurgericht demnächst eine härtere Strafe als von dem Kreisgericht erkannt worden, aussprechen dürfe? bilde eine Frage, welche in gegenwärtiger Sachlage nicht zu erörtern sei.

Gegen dies Erkenntniß hat der Staats-Anwalt die Nichtigkeits-Beschwerde angemeldet, dieselbe in Beziehung auf die hier in Rede stehende Frage auf Verletzung des §. 126. der Verordnung vom 3. Januar 1849, des §. 528. der Criminal-Ordnung und des Art. 102. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 begründet und auszuführen gesucht, daß, da gegen das Erkenntniß erster Instanz nur der Angeklagte appellirt habe, die mildere Qualification der strafbaren Handlung zu Gunsten desselben in Rechtskraft übergegangen sei.

Seitens des Angeklagten wurde angetragen, im Sinne der Nichtigkeits-Beschwerde der Staats-Anwaltschaft zu erkennen.

Nach Verhandlung der Sache beim Ober-Tribunal ergaben sich bei der Berathung zwei entgegenstehende Ansichten. Die eine Ansicht hielt den Angriff gegen das Appel-

lations-Urtel für gerechtfertigt. Es sei, wie in vielen Präcedenzfällen angenommen, eine unzuläßige reformatio in pejus, wenn der Appellations-Richter auf die vom Angeklagten allein eingelegte Appellation das Urtel der Gerichts-Abtheilung aufhebe, weil die That ein schwereres, der Competenz derselben nicht unterworfenes Verbrechen darstelle, und demgemäß die Sache vor das Schwurgericht verweise. In der Untersuchung wider K. habe das Ober-Tribunal durch das Urtel vom 13. Mai 1853 (Archiv I. S. 353.) in einem gleichen Falle, wo ebenfalls die Frage gewesen, ob Betrug oder Urkundenfälschung anzunehmen, erwogen, daß der Art. 102. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 dem Appellations-Richter nicht die Befugniß gebe, von Amtswegen eine Vernichtung in einer Richtung, welche von dem eingelegten Rechtsmittel nicht getroffen werde, eintreten zu lassen, daß der Staats-Anwalt nicht appellirt und die Appellation des Angeklagten nur eine gelindere Strafe bezweckt habe, daher der Appellations-Richter nicht befugt gewesen, das erste Urtel zum Behufe der demnächstigen Verweisung der Sache vor das Schwurgericht und der Verhängung einer härteren Strafe aufzuheben, weil dies den beiderseitigen Anträgen zuwiderlaufe und die Rechtskraft des ersten Erkenntnisses, soweit dieselbe eingetreten, beeinträchtige. Die nämlichen Grundsätze seien auch in anderen Fällen schon angenommen (vergl. das Urtel vom 8. Juni 1859 Archiv Bd. VII. S. 689.), und es gelte überhaupt das Princip, daß die Einlegung eines Rechtsmittels Seitens des Angeklagten für ihn keine Nachtheile bei Aburtelung der Sache herbeiführen dürfe. Plenar-Beschluß des Senats für Strafsachen vom 12. November 1855 Entscheid. Bd. 31. S. 326. Vergl. auch Urtel gegen Rautenberg vom 25. April 1856 (Goltdammer's Archiv IV.

S. 545.) gegen Reuber vom 19. Juni 1856 (Archiv IV. S. 679.) gegen Köhler vom 19. Januar 1855 (Archiv III. S. 251.) —

Dieser Gesichtspunkt, — wurde weiter ausgeführt — sei auch in dem rheinischen Verfahren leitend, wie unter anderen Berriat St. Prix, cours du droit criminel p. 22. näher nachweise. Das Staatsraths-Gutachten vom 12. November 1806 gehe von dem nämlichen Grundsatze aus, und viele Urtel des Pariser Cassationshofes, u. a. Sirey XXII. 1. 190. XXVI. 1. 82. beruhten auf demselben.

Von der anderen Seite wurde entgegnet, man erkenne als richtig an, daß die vom Angeklagten allein angemeldete Appellation nicht zu dessen härteren Bestrafung führen könne, wie der §. 528. der Criminal-Ordnung ausdrücklich bestimme. Hiervon sei aber die Frage verschieden, ob ein incompetenter Richter die Schuldfrage feststellen könne. Einfach stelle sich die Sache dar, wenn es sich nur um erschwerende Umstände einer strafbaren That handle, indem, wenn der erste Richter diese Umstände unberücksichtigt gelassen, oder nicht für bewiesen angenommen, der Appellations-Richter auf die Berufung des Angeklagten niemals dieselben zur Erörterung ziehen, sondern seine Prüfung auf die Hauptthat allein richten dürfe. Diese Voraussetzung finde sich in dem Urtel vom 8. Juni 1859 (Archiv VII. S. 689.) und bei Sirey XXVI. 1. 82. Anders verhalte es sich aber, wenn der Appellations-Richter die Handlung des Angeklagten verschieden von dem ersten Richter qualificire, und in derselben ein Verbrechen ganz anderer Gattung finde, während Letzterer nur die Merkmale eines Vergehens annehme, wie hier Betrug oder Urkundenfälschung. In einem solchen Falle sei der Appellations-Richter nicht befugt, die Voraussetzungen des Verbrechens

festzustellen und ohne diese festgehabte Feststellung könne keine Strafe ausgesprochen werden. Der Art. 102. der Verordnung vom 3. Mai 1852 bestimme:

Wenn der erste Richter sich mit Unrecht für competent erachtet hat, so kann der Appellations-Richter niemals in der Sache selbst erkennen, —

was eine consequente Folge des Grundsatzes sei, daß der Appellations-Richter hinsichtlich der Competenz keine größere Befugnisse als der erste Richter haben könne. Die Vorschrift „niemals" lasse keine Ausnahme zu, und verbiete einen Unterschied zu machen, je nachdem der Angeklagte oder der Staats-Anwalt appellirt habe. Gebe man dem Art. 102. eine andere Deutung, so komme der Appellations-Richter in eine eigenthümliche Lage, — er könne gegen seine Ueberzeugung in der Handlung des Angeklagten die Merkmale eines Vergehens nicht feststellen, wie vom ersten Richter geschehen, — eben so wenig dürfe er in der Handlung die Voraussetzungen eines Verbrechens als bewiesen annehmen, weil dessen Aburtelung, wie im vorliegenden Falle, vor das Schwurgericht gehöre. Demnach bleibe nur übrig, die Verweisung vor das Letztere auszusprechen, wodurch die Sache in ihre richtige Lage gebracht und die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten dem competenten Richter zugewiesen werde. Als ein rechtlicher Nachtheil für den Angeklagten könne eine solche Verweisung auch nicht betrachtet werden, — denn er komme vor seine gesetzlichen Richter, möchten auch die Formen des hier stattfindenden Verfahrens zufällige Nachtheile für ihn herbeiführen. Nur die Höhe der Strafe sei der entscheidende Punkt, welchen die oben angeführten Urtheile hauptsächlich vor Augen gehabt, wenn sie die Verweisung vor das Schwurgericht für unzulässig erachtet, — allein dieser

Punkt bleibe unberührt, da auch das Schwurgericht, wenn die Schuldfrage bejaht worden, auf eine schwerere Strafe nicht erkennen dürfe.

Bei der Zweifelhaftigkeit der hier zur Entscheidung vorliegenden Frage erachtete die mit der Aburtelung befaßte Abtheilung, mit Rücksicht auf §. 4. Nr. 3. des Gesetzes vom 7. Mai 1856, es für angemessen, die Sache zur Entscheidung an die vereinigten Abtheilungen zu verweisen und wurde demnach die Plenarfrage dahin gestellt:

Ist es für eine unzulässige **reformatio in pejus** zu erachten, wenn der Appellations-Richter auf die von dem Angeklagten allein eingelegte Appellation das Urtel der Gerichts-Abtheilung aufhebt und die Sache vor das Schwurgericht verweiset, weil die Handlung des Angeklagten sich als ein zu dessen Competenz gehöriges Verbrechen qualificire?

In der Sitzung des Ober-Tribunals, Senats für Strafsachen, in vereinten Abtheilungen vom 23. Januar 1860 wurde demnächst das Präjudiz beschlossen, wie solches in der Ueberschrift enthalten ist und das Urtel dahin verkündet:

daß das Appellations-Urtel zu vernichten und auf die von dem Angeklagten hiergegen eingelegte Appellation die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückzuweisen.

Gründe:

Der Angeklagte allein, — nicht der Staats-Anwalt — hat appellirt. Durch die Appellation, welche der Angeklagte lediglich in seinem Interesse einlegt, kann dessen Lage sich nicht ungünstiger gestalten, als sie bei Erlassung des ersten Urtels war. Solches folgt nothwendig aus der wesentlichen Natur dieses in dem §. 126. der Verordnung vom 3. Januar 1849 und Art. 101. des Gesetzes vom

3. Mai 1852 gestatteten Rechtsmittels, sowie aus der Bestimmung des §. 528. der Criminal-Ordnung, welche diesen Grundsatz ausdrücklich ausspricht.

Es unterliegt nun überall keinem Bedenken, daß auf die Appellation des Angeklagten, wie auch ferner die Sache sich gestalten mag, eine härtere Strafe, als in erster Instanz erkannt ist, nicht ausgesprochen werden kann. Ebenso muß aber auch angenommen werden, daß es eine reformatio in pejus ist, wenn der allein durch die Appellation des Angeklagten, befaßte Appellations-Richter von der Feststellung der Gerichts-Abtheilung, welche sich auf eine ihrer Competenz unterliegende strafbare Handlung bezieht, abweicht, und sich incompetent erklärt, weil die Handlung als ein von dem Schwurgericht abzuurtelndes Verbrechen zu qualificiren sei. Der für die entgegengesetzte Meinung angeführte Gesichtspunkt, daß der Angeklagte vor den gesetzlich competenten Richter komme und hierin keine Beschwerde liegen könne, wird in seinem Interesse weit durch die untrennbaren Nachtheile aufgewogen, daß er einer mit größeren Förmlichkeiten und daher für ihn mit größeren Beschwernissen verbundenen Procedur sich unterwerfen muß, daß die Verurtheilung wegen eines von dem Schwurgericht festgestellten Verbrechens seine bürgerliche Stellung in höherem Grade gefährdet, und daß die Möglichkeit einer ungleich härteren Strafe bei dem Rückfalle gegeben ist.

Der Art. 102. Abs. 2. enthält zwar die Bestimmung:

> Wenn der erste Richter sich mit Unrecht für competent erachtet hat, so kann das Appellations-Gericht niemals in der Sache selbst erkennen, —

jedoch kann diese Vorschrift nicht für sich allein betrachtet und aus dem Zusammenhange mit den übrigen Grundsätzen über das Wesen der Appellation gebracht werden. Dieselbe

unterstellt einen Angriff von Seiten des Staats-Anwalts, oder, was wohl kaum zu erwarten, einen Angriff des Angeklagten selbst nach dieser Richtung hin.

Nach dieser Auffassung ist der Appellations-Richter, wenn der Angeklagte allein appellirt hat, nur befugt, die Sache unter dem Gesichtspunkte einer zur Competenz der Gerichts-Abtheilung gehörigen strafbaren Handlung zur Erörterung zu ziehen, und das Appellations-Gericht zu Glogau hat mithin die Grundsätze über die Natur der Appellation und die Vorschrift des §. 528. der Criminal-Ordnung verletzt, sowie den Art. 102. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 unrichtig angewendet, indem dasselbe seine Incompetenz ausgesprochen und die Sache vor das Schwurgericht verwiesen hat. Es mußte daher nach Art. 108. No. 2. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 das Appellations-Urtel vernichtet und die Sache nach Art. 117. in die zweite Instanz zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung auf die vom Angeklagten gegen das erste Urtel vom 25. Juni 1859 eingelegte Appellation zurückverwiesen werden.

№ 55. (Crimin.-S. Nr. 14.)

Verjährung des Verbrechens der Bigamie.

Die Verjährung des Verbrechens der Bigamie wird auch dann nach §. 601. der Criminal-Ordnung von 1805 mit Ausschluß des §. 139. des Str. G. B. berechnet, wenn die letzte Ehe vor dem 1. Juli 1851 unter der Herrschaft des Allg. Landrechts eingegangen und der fünfjährige Zeitraum erst

nach dem 1. Juli 1851 abgelaufen ist. Präj. des Senats für Strafsachen No. 262.

Einführungsgesetz vom 14. April 1851 Art. IV. und V.
Criminal-Ordnung von 1805 §. 601.
Str. G. B. §. 139.

Der Arbeiter O. ist am 11. April 1847 unter der Herrschaft des Allg. Landrechts eine Ehe mit der M. A. und am 2. Juni 1851 im Gebiete der nämlichen Gesetzgebung eine Ehe mit der K. S. eingegangen, bevor die erstere aufgelöst war. Im Jahre 1859 kamen diese Thatsachen zur Kenntniß der Staats-Anwaltschaft, welche die vorläufige Versetzung des O. in den Anklagestand auf Grund des §. 139. des Str. G. B. bei dem Kreisgerichte in Stargardt beantragte. Dasselbe wies jedoch diesen Antrag durch Beschluß vom 30. August 1859 zurück, weil nach §. 601. der Criminal-Ordnung das Verbrechen verjährt sei, und die Anwendung des §. 139. Abs. 3. des Str. G. B. auf den vorliegenden Fall dem Art. V. des Einführungs-Gesetzes widerspreche. Die Beschwerde des Staats-Anwaltes hiergegen ist von dem Anklage-Senate des Appellations-Gerichts zu Marienwerder für unbegründet erkannt und darauf Beschwerde an das Ober-Tribunal erhoben worden, zu deren Begründung die Staats-Anwaltschaft ausführte:

im §. 601. der Criminal-Ordnung sei dem Verbrechen der Bigamie irrthümlich die Natur eines dauernden Verbrechens abgesprochen, gegenwärtig aber dieselbe in der Gesetzgebung, der Wissenschaft und der Praxis anerkannt; in der Gesetzgebung, indem §. 139. des Str. G. B. ein Ausfluß davon sei, das Verbrechen der Bigamie bereits mit dem Tage der Copulation vollendet,

aber mit jedem Tage neu begangen werde (Goltdammer, Materialien I. S. 437.) und demnach bei der Anwendung des §. 139. auf den vorliegenden Fall ein Widerspruch mit Art. V. des Einführungs-Gesetzes nicht entstehen könne, weil letzterer die Grundsätze des älteren und neueren Rechts über die Verjährung im Auge habe, ersterer aber lediglich die Natur des Verbrechens der Bigamie als eines dauernden Delictes feststelle. Als Zeugen der Wissenschaft würden Heffter (Goltdammer Archiv I. S. 311.) und Unterholzner (über Verjährung S. 466.) angerufen und hinsichtlich der Praxis auf die Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 25. Januar 1854 (Archiv II. S. 550.) vom 15. Februar und 26. November 1855 (daselbst Bd. III. S. 411. und 807.) und vorzüglich auf dasjenige vom 11. October 1857 (daselbst Bd. VI. S. 110.) Bezug genommen.

Der Antrag des Ober-Staats-Anwalts war hiernach dahin gerichtet:

den O. als hinreichend belastet,

vor der (unterm 10. Juli 1855 erfolgten) Auflösung seiner am 11. April 1847 mit der M. A. geschlossenen Ehe, unterm 2. Juni 1851 eine neue Ehe mit S. eingegangen zu sein,

auf Grund des §. 139. Str. G. B. unter Anklage zu stellen.

Da in den erwähnten Erkenntnissen nur die erste Abtheilung des Senats für Strafsachen über die vorliegende Rechtsfrage sich ausgesprochen hatte, die Zweifelhaftigkeit dieser Frage aber in den abweichenden Entscheidungen der Instanzrichter stets von Neuem hervorgetreten war, so sah sich der General-Staats-Anwalt veranlaßt, von der im §. 4. Nr. 3. des Gesetzes vom 7. Mai 1856 (Ges.-S. S. 293.) ihm beigelegten Befugniß Gebrauch zu machen, und bean-

tragte, nach erwirkter Ermächtigung des Justiz-Ministers hierzu, die Verweisung der Sache vor die vereinigten Abtheilungen des genannten Senates, in deren Sitzung vom 19. December 1859 dieselbe zur Verhandlung kam. Der General-Staats-Anwalt sprach sich gegen die Ansicht des Ober-Staats-Anwalts in Marienwerder aus, und suchte insbesondere die Unvereinbarkeit der Annahme, daß im §. 139. des Str. G. B. nicht nur die Eingehung einer neuen Ehe während einer schon bestehenden, sondern auch das Verbleiben in beiden als solches unter dem Begriffe eines sogenannten Dauer-Verbrechens mit Strafe bedroht sei, aus den Worten wie dem Zwecke des Paragraphen und allgemeinen strafrechlichen Gesichtspunkten nachzuweisen.

In der Berathung fanden einer Seits die Gründe der ersten Abtheilung für ihre früheren Erkenntnisse eine nähere Entwickelung, worin unter Anderem aus der Entstehungsgeschichte des §. 139., namentlich aus den Verhandlungen des Staatsraths über die Abänderung des §. 601. der Criminal-Ordnung, gezeigt wurde, daß diese Abänderung, wie sie jetzt im Schlußsatze des §. 139. ausgesprochen ist, gerade deshalb beschlossen worden sei, weil das verbrecherische Wesen der Bigamie in dem unter dem Mißbrauche der Heiligkeit der Trauung stattfindenden Zusammenleben beruhe, und die Verkennung desselben dem §. 601. zu Grunde liege, mithin die richtige Anschauung jener dauernden Natur des Verbrechens im neuen Strafgesetz-Buche zwar nur einen besonderen Ausdruck hinsichtlich der Verjährung, allein eben dadurch ihre Anerkennung als eine grundsätzliche erhalten habe; anderer Seits ging man davon aus, daß die Wirksamkeit des §. 139. selbst in der Unterstellung, als sei die Bigamie dadurch ein Dauer-Verbrechen geworden, nicht auf solche Doppelehen sich erstrecken

könne, die vor der Gültigkeit des Strafgesetz-Buchs eingegangen wären, hielt aber auch jene Unterstellung nicht für geeignet, zur Ergänzung oder Auslegung des positiven Strafgesetzes zu dienen. In der Ausführung dieser letzteren Ansicht ist hervorgehoben worden:

Die practische Bedeutung der sogenannten fortgesetzten und fortdauernden Verbrechen bestehe, bei aller Verschiedenheit der theoretischen Begriffsbestimmungen darüber, in der Einheit des Verbrechens, beziehungsweise der einmaligen Anwendbarkeit der darauf angedrohten gesetzlichen Strafe ungeachtet der Ausdehnung der verbrecherischen Thätigkeit über einen längeren Zeitraum, in der Begünstigung des Angeklagten gegen die Annahme einer Mehrheit, einer realen Concurrenz von Verbrechen, wenn zwar seine Handlungen äußerlich als mehrere oder als ein fortdauerndes Verhalten erscheinen, jedoch Ein Entschluß sie erzeugt hat und gewisse andere vielbestrittene Bedingungen vorliegen; überall in der Rechtslehre bilden sie einen directen Gegensatz von wiederholten und concurrirenden Verbrechen (vergl. Feuerbach-Mittermaier Lehrbuch §§. 128. und 128a., Heffter §. 77. und Cit. das. Urtel des Ober-Tribunals wider Feldböhmer vom 15. Februar 1855 und wider Krüger vom 16. Februar 1855 in Goltdammer's Archiv Bd. III. S. 807., S. 621 ff., vergl. S. 112. VII., S. 670. V.).

Sehe man also die Bigamie für ein fortdauerndes Verbrechen an, so könne man nicht umhin, die Fortdauer einer mehrfachen Ehe aus der Zeit der Herrschaft des Allg. Landrechts und der Criminal-Ordnung unter dem jetzigen Strafgesetz-Buche noch immer für das nämliche einzige Verbrechen zu halten, welches schon vor der Gül-

tigkeit des letzteren Gesetzbuchs dergestalt begonnen war, daß es durch die Erscheinung desselben am 1. Juli 1851 kein neues, zweites Verbrechen zum Nachtheile des Angeklagten werden konnte, möge man auch immer seine Endschaft erst in der Zukunft suchen, mit anderen Worten einen thatsächlichen Theil seiner Dauer von dem alten, einen folgenden von dem neuen Gesetze beherrschen lassen; beide Gesetze würden in dieser Voraussetzung bei einem Verbrechen collidiren und gemäß den Grundsätzen der Art. IV. und V. des Einführungs-Gesetzes das mildere zur Anwendung kommen müssen, da die Anwendung beider auf ein Verhalten, welches nicht in verschiedene selbstständige Verbrechen zerfalle (§. 56. Str. G. B.) jedenfalls unstatthaft sei. Milder sei nun unstreitig das Allg. Landrecht (§. 1066. Tit. 20. Thl. II.) und der §. 601. der Criminal-Ordnung gewesen, als die §§. 139. und 46. des Str. G. B., jene würden es noch im höheren Grade sein, wenn wirklich gemäß der bisherigen Voraussetzung die ganze Dauer der mehrfachen Ehe zum strafbaren Thatbestande im §. 139. gemacht worden wäre (vergl. Oppenhoff zum Einführungs-Gesetze Art. IV. Nr. 7., Goltdammer Archiv Bd. VII. S. 316. 317., Berner Wirkungskreis des Strafgesetzes S. 50 ff. bis 59.). Gegen den Bigamus, der bei Eingehung der letzten Ehe das neue Strafgesetz und somit eine solche Natur und Dauer seines Verbrechens nicht habe voraussehen können, dürfe sie nicht in Betracht kommen, und hätte er sich auch bei der Verkündung des neuen Strafgesetzes um so dringender, als vorher in seinem Gewissen veranlaßt finden sollen, das widergesetzliche Eheband lösen zu lassen (wozu es übrigens auch für die Staats-Anwaltschaft nicht des Strafgesetzes bedürfe, Verordnung vom 28. Juni 1844 §. 5. mit §§. 936.

950. 951. Tit. 1. Thl. II. A. L. R., vergl. Art. 147. 184. 190. Rheinisches Civil-Gesetzbuch), so werde doch die Ausübung dieser Pflicht nirgends an eine gesetzliche Frist gebunden, viel weniger ihre Unterlassung dem Verbrechen der Eingehung der mehrfachen Ehe gleichgestellt und mit Zuchthausstrafe bedroht.

In der That sei aber auch die vorausgesetzte Veränderung des Thatbestandes der Bigamie durch das neue Strafgesetzbuch nicht eingetreten. Denn der erste Satz des §. 139. enthalte das eigentliche Strafgesetz über die Bigamie vollständig, er bestimme den Thatbestand und die Strafe. Die Definition des objectiven Thatbestandes entspreche darin wesentlich den §§. 1066. 1067. Tit. 20. Thl. II. A. L. R. Was in letzteren nicht unter Strafe gestellt war, sei in ersterem nicht unter Strafe gestellt worden. Der zweite Satz des §. 139. betreffe ein Amtsverbrechen, der dritte sei eine positive Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem die Verjährung des Verbrechens der Bigamie beginnt, nichts weiter.

Die drei Sätze seien so von einander geschieden und jeder auf seinen eigenen Ausspruch beschränkt, daß sie auch in drei besondere Paragraphen hätten gefaßt werden können, wie solches in den vorhergegangenen Entwürfen geschehen war, deren Sinn man damit nicht verändern wollte — §§. 171. 172. 173. Entwurf von 1847. — Schon deshalb lasse sich aus der Festsetzung des Anfangspunktes der Verjährung nichts in das formell und materiell vorher abgeschlossene Strafgesetz hineintragen: jene sei gerade positiv erfolgt, weil sie aus diesem, namentlich dem Thatbestande des Verbrechens, sich nicht wie bei allen übrigen Verbrechen aus ihrem Thatbestande und dem §. 46. Str. G. B. von selbst ergeben habe, sondern eine Anomalie von der Regel

des §. 46. al. 3. enthalte, sie ändere den §. 601. der Criminal-Ordnung ab, nicht die angeführten §§. 1066. 1067. des materiellen Strafrechts, welche in der Hauptbestimmung des §. 139. beibehalten worden. Wie man den §. 601. der Criminal-Ordnung nicht als einen Ausfluß der §§. 1066. 1067., sondern als eine (richtige oder unrichtige) Entscheidung einer wissenschaftlichen Controverse angesehen hätte, so sollte der Schlußsatz des §. 139. (der §. 173. von 1847) dieselbe Controverse nach der entgegenstehenden Meinung erledigen, ohne daß ihr darum eine weitere Wirkung, namentlich auf die Begrenzung des Thatbestandes der Bigamie eingeräumt sei. Der Staatsrath habe im Jahre 1841, ungeachtet seiner von der anderen Seite hervorgehobenen Begründung des jetzigen Anfangspunktes der Verjährung der Bigamie, nicht das Zusammenleben des Bigamus mit dem zweiten Gatten zum gesetzlichen Thatbestande des Verbrechens gemacht, seine Absicht vielmehr nur auf den Ausschluß des Laufes der Verjährung während des Daseins dieses verwerflichen Wesens gerichtet, und die Folgerung hieraus auf eine Aenderung des Thatbestandes sei um so weniger schlüssig, geschweige denn zur Auslegung des Strafgesetzes dienlich, als man gleich manchen Rechtslehrern und neueren Gesetzgebern sehr wohl ein Verbrechen für vollendet erklären, den Anfang der Verjährung der verwirkten Strafe aber dennoch auf den späteren Zeitpunkt der Beendigung der Folgen des Verbrechens, des unmoralischen und rechtswidrigen Besitzes oder Genusses der Früchte desselben oder den Eintritt einer vermutheten Besserung des Verbrechers hinausschieben könne. Die Motive der Regierung zu dem neuesten Entwurfe des Strafgesetz-Buches und der Commissions-Bericht der zweiten Kammer geben keinen Aufschluß darüber, aus welchen Gründen der fragliche

§. 173. des Entwurfs von 1847 zum Gesetze erhoben worden, und auf vereinzelte Ansichten der Mitglieder des einen oder anderen Factors der Gesetzgebung komme es nicht an. Ueberhaupt könne die Bigamie nicht mehr mit Grund den fortgesetzten oder fortdauernden Verbrechen (crimes successifs, deren doctrinäre Unterscheidung in Deutschland zwar in der Ungleichartigkeit der thatsächlichen Erscheinungen einen Anhalt finde, aber ohne Bedeutung für strafrechtliche Folgerungen sei, soweit ein positives Gesetz dergleichen nicht in einem gewissen Sinne ausspreche, wie etwa bei der Freiheitsberaubung §. 210. Nr. 2. Str. G. B., obgleich auch hier nichts hindere, die „Dauer" eine „Fortsetzung" zu nennen) beigezählt werden, seitdem die ältere Betrachtung derselben als einer species adulterii — adulterium sub figura matrimonii continuatum — der von dem Standpunkte der Heiligkeit der Ehe höhern Anschauung in den Gesetzgebungen und der Wissenschaft den Platz eingeräumt habe, daß der mit der zweiten Trauung vollendete Angriff gegen die Satzung der ehelichen Einheit das Wesen dieses Verbrechens darstelle.

(Gegen Thomasius de crim. big. §. 55.
Reinhard de init. praescr. in crim. big. (1744) §§. 5. 10.
J. S. F. de Boehmer Med. in C. C. C. art. CXXI.
Klein Annalen Bd. 24. S. 55.
v. Feuerbach und Mittermaier Lehrbuch §. 385. III. Note V., §. 66. Note IV. und Andere.
vergl. Tittmann Handbuch Thl. III. §. 583.
Henke Handbuch Thl. IV. §. 24. S. 189 ff.
Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 312. S. 440 ff. (ed. Schirmer).
Temme Lehrbuch S. 707. und S. 535.
Heffter Lehrbuch 6. Aufl. §. 189. Anm. 4. S. 151.

Goltdammer Archiv Bd. I. S. 311.
Berner Lehrbuch §. 145. S. 225.
Rauter Tr. du droit cr. No. 128. et 855.
Mangin Tr. de l'action publique No. 322.
Hélie Faustin Th. de code pén. t. III. ch. 51. p. 257.
Gilbert ad art. 637. C. d'instr. cr. n. 45 ff.)

Das Plenum des Senats für Strafsachen erließ hierauf am 19. December 1859 den Beschluß:

daß die Beschwerde des Ober-Staats-Anwalts als unbegründet zurückzuweisen.

Gründe.

Die Ehe mit der K. S. soll der O. während seiner Ehe mit der M. A. nach den Behauptungen der Staats-Anwaltschaft und den vorgelegten Beweisstücken am 2. Juni 1851, also vor dem Eintritte der Gesetzeskraft des gegenwärtigen Strafgesetz-Buchs unter der Herrschaft des Allg. Landrechts eingegangen haben. Sie war also damals nach §. 1066. Tit. 20. Thl. II. A. L. R. mit ein- bis zweijähriger Zuchthaus- oder Festungsstrafe strafbar und nach §. 601. der Criminal-Ordn. hatte der Lauf einer fünfjährigen Verjährung dieses Verbrechens am 2. Juni 1851 begonnen. Der §. 139. des Str. G. B. bedrohte das Verbrechen der Bigamie vom 1. Juli 1851 ab (§. 2. das. und Art. IV. des Einführungs-Gesetzes) mit einer längeren Zuchthausstrafe und ließ den Lauf der Verjährung desselben nicht mehr von dem Tage der Vollziehung der letzten Ehe durch Copulation, sondern erst von dem Tage der Auflösung einer der beiden Ehen anfangen, verlängerte auch den Zeitraum der Verjährung gemäß §. 46. das. auf zehn Jahre. Das neuere Strafgesetz ist also in jeder Beziehung härter und dem Angeklagten nachtheiliger als das ältere; die rückwirkende Kraft, welche einem neuen Strafgesetze wegen seiner größeren

Milde zu Gunsten des Angeklagten ausnahmsweise im gemeinen Rechte und Art. IV. a. a. O., sowie insbesondere hinsichtlich der Verjährung im Art. V. daselbst beigelegt wird, hat der §. 139. somit nicht; vielmehr müssen nach den ausdrücklichen Vorschriften Art. IV. und V. die angeführten Bestimmungen des Allg. Landrechts und der Criminal-Ordnung zur Anwendung kommen, wenn das fragliche Verbrechen der mehrfachen Ehe, wie im vorliegenden Falle, vor dem 1. Juli 1851 nach dem Wortlaute der besagten Artikel des Einführungs-Gesetzes und der §§. 2. und 46. des Str. G. B. begangen ist. Die Gründe, welche früher für die entgegenstehende Ansicht zur Geltung gekommen, sind für haltbar nicht erkannt worden. Denn hätte der §. 139. Str. G. B. den Thatbestand des Verbrechens der Bigamie auch wirklich dergestalt verändert, daß dasselbe jetzt ein sogenanntes fortdauerndes Verbrechen bis zur Auflösung einer der beiden Ehen wäre, so würde doch eines Theils das neue Gesetz auch noch aus diesem Grunde außer den oben angegebenen härter, als das ältere und um so weniger auf die Vergangenheit vor seiner Erscheinung gegen Angeklagte, welche die Strafbarkeit der Bigamie in diesem Umfange nicht kannten und nicht kennen konnten, anzuwenden sein; anderen Theils läßt sich ein sogenanntes Dauer-Verbrechen nicht in eine Reihe selbstständiger successiver Verbrechen der nämlichen Art auflösen und ein neues Gesetz auf die spätere Zeit seiner Dauer wie auf ein neues Verbrechen anwenden. Die fortdauernden Verbrechen, welche die jüngere Doctrin in Deutschland von fortgesetzten Verbrechen im engeren Sinne unterschieden hat (Crimina permanentia — cr. continuata), stehen auch nach dieser Doctrin mit Letzteren, wenigstens in sofern auf gleicher Linie, daß sie ungeachtet ihrer Dauer, oder Fortsetzung nur wie eine

einzige untheilbare Handlung im Gegensatze von wiederholten und concurrirenden Verbrechen bestraft werden: eine Handlung oder ein Verhalten, welches als ein Verbrechen nur einmal strafbar ist, kann seine Strafbarkeit aber auch nur aus einem und nicht aus verschiedenen successiven Gesetzen herleiten. Sind solche demnach während seiner Dauer erschienen, so darf immer nur das mildere gemäß den mehrbezogenen Vorschriften über die Collision der Gesetze zur Anwendung kommen. Auf eine Bigamie, die unstreitig vor dem 1. Juli 1851 der Anwendbarkeit des Allg. Landrechts und der Criminal-Ordnung unterlag, konnte daher niemals das strengere Strafgesetz-Buch ebenfalls Anwendbarkeit erlangen, selbst wenn man sie für ein fortdauerndes Verbrechen ansieht; denn sie blieb in ihrer Dauer nach dem 1. Juli 1851 das nämliche Verbrechen wie vorher.

№ 56. (Crimin.-S. Nr. 15.)

Wirkung der von der Staats-Anwaltschaft in Disciplinar-Untersuchungen eingelegten Berufung.

Kann die in einer Disciplinar-Untersuchung nur von der Staats-Anwaltschaft eingelegte und zwar gegen den Angeschuldigten gerichtete Berufung auch eine Abänderung des ersten Erkenntnisses zu Gunsten des Angeschuldigten herbeiführen?

Gesetz, betr. die Dienstvergehen der Richter, vom 7. Mai 1851 (Ges.-S. S. 218. §§. 36 ff.)

Wider den Kreisrichter K. zu D. war die Disciplinar-Untersuchung eingeleitet und derselbe durch Erkenntniß des Ostpreußischen Tribunals zu Königsberg vom 2. März 1859 wegen Verletzung der ihm durch sein Amt auferlegten Pflichten zur Versetzung in ein anderes Richteramt von gleichem Range unter Verlust des Anspruchs auf Umzugskosten verurtheilt. Der Ober-Staats-Anwalt legte gegen diese Entscheidung Berufung ein, weil nicht nach seinem Antrage auf Dienst-Entlassung erkannt worden. Obwohl nun der Angeschuldigte seiner Seits das Rechtsmittel rechtzeitig nicht angebracht hatte, beschwerte er sich doch in seiner Beantwortung der Appellation der Staats-Anwaltschaft nachträglich über das ergangene Erkenntniß, indem er dahin antrug, ihn freizusprechen, oder doch nur mit einem Verweise zu bestrafen.

Der Disciplinar-Senat des Ober-Tribunals, welcher die Berufung der Staats-Anwaltschaft für unbegründet erachtete und am 5. December 1859 das erste Erkenntniß bestätigte, nahm jedoch an, daß die vom Angeschuldigten verlangte Prüfung, ob die gegen ihn in erster Instanz erkannte Strafversetzung gerechtfertigt sei, nicht mehr erfolgen könne, weil vom Angeschuldigten gegen diese Entscheidung rechtzeitig kein Rechtsmittel eingelegt ist, und es heißt in dieser Beziehung in den

Gründen

des Erkenntnisses vom 5. December 1859, nachdem ausgeführt worden, daß die Berufung des Ober-Staats-Anwalts als unbegründet zu verwerfen gewesen:

Es hat nun aber auch der Angeschuldigte seiner Seits, obwohl von ihm Berufung rechtzeitig nicht eingelegt ist, in seiner Beantwortung der Appellation der Staats-Anwaltschaft sich nachträglich noch über das erste Erkenntniß be-

schwert, und darauf angetragen, ihn freizusprechen oder doch nur mit einem Verweise zu bestrafen. Er beruft sich hierbei auf den vom Senat des Ober-Tribunals für Strafsachen vielfach, zuerst in dem Erkenntnisse vom 18. Juni 1852 (Entsch. Bd. 23. S. 278.) ausgesprochenen Grundsatz, nach welchem durch ein von der Staats-Anwaltschaft eingelegtes Rechtsmittel, mag dasselbe im Interesse des Angeklagten, oder gegen ihn ergriffen sein, der höhere Richter mit der Entscheidung der Sache dergestalt befaßt wird, daß er, was Rechtens, zu erkennen hat, selbst, wenn solches auch in dem Falle, wo das Rechtsmittel nicht im Interesse des Angeklagten ergriffen worden, zu einer demselben günstigen Entscheidung führen sollte.

Dieser Grundsatz kann jedoch auf Disciplinar-Untersuchungen nicht Anwendung finden, weil nicht allein das Disciplinar-Gesetz vom 7. Mai 1851 keine Vorschrift enthält, welche ihm zur Seite steht, sondern sogar der diesem entsprechende §. 43. der früheren Disciplinar-Verordnung vom 10. Juli 1849 in dem Gesetz vom 7. Mai 1851 ausdrücklich weggelassen ist, welcher lautete:

> Der oberste Gerichtshof wird durch die Berufung, auch wenn dieselbe nur von dem Staats-Anwalte, oder nur von dem Angeschuldigten eingelegt worden, und wenn sie nur gegen einzelne Bestimmungen des Urtels gerichtet ist, mit der ganzen Sache ebenso befaßt, als wenn von beiden Seiten die Berufung gegen den ganzen Inhalt des Urtels eingelegt worden wäre.

Zwar ging diese Vorschrift noch viel weiter, als der jetzt vom Angeschuldigten in Beziehung auf ein von der Staats-Anwaltschaft eingelegtes Rechtsmittel geltend gemachte Grundsatz, da nach §. 43. l. c. sogar, wenn der Angeschuldigte selbst, und nur er allein, die Berufung eingelegt

hatte, die Sache beim obersten Gerichtshofe so behandelt werden sollte, als wenn von beiden Seiten die Berufung eingelegt wäre, also auf das eigene Rechtsmittel des Angeschuldigten seine härtere Bestrafung erfolgen durfte, und man könnte hieraus vielleicht folgern wollen, daß nur diese exorbitante Vorschrift, welche dem bisherigen Grundsatze im Strafverfahren, nach welchem ein vom Angeschuldigten eingelegtes Rechtsmittel niemals eine Verschärfung seiner Strafe herbeiführen konnte, direct zuwiderlief, durch Weglassung des §. 43. im Disciplinar-Gesetze vom 7. Mai 1851 beseitigt werden sollte. Die Commission der zweiten Kammer zur Prüfung der vorläufigen Verordnung vom 10. Juli 1849 beruft sich indessen in ihrem Berichte bei ihrem, in allen späteren Stadien der Verhandlungen beider Kammern ohne Weiteres genehmigten Antrage auf Streichung des §. 43. nicht bloß darauf, daß er den Grundsätzen der Appellation widerspreche, sondern sie führt auch aus, wie es nicht als richtig anerkannt werden könne, daß man nicht dem Betheiligten überläßt, sich zu bestimmen, wie weit er sich durch das Urtel beschwert fühlt, vielmehr den Richter zweiter Instanz in die Lage setzt, über den Antrag des ihn anrufenden Theils zu erkennen.

Es ergiebt sich hieraus, daß es beabsichtigt wurde, die früheren Principien über die Appellation überhaupt, insbesondere aber auch den im §. 11. Tit. 14. Thl. I. der A. G. O. ausgesprochenen Grundsatz auch für Disciplinar-Sachen wieder herzustellen:

daß die Appellation kein beneficium commune ist, und also der, welcher sich bei dem Erkenntnisse beruhigt, auf die von seinem Gegner eingewandte Appellation eine Abänderung desselben zu seinem Vortheil niemals hoffen kann.

Die Einlegung eines Rechtsmittels Seitens der Staats-

Anwaltschaft im Interesse des Angeklagten kannte man aber zur Zeit der Emanation des Disciplinar-Gesetzes vom 7. Mai 1851 noch nicht, wenigstens ist sie erst durch Art. 1. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 ausdrücklich gesetzlich für zulässig erklärt, und gewiß hat man daher bei Streichung des §. 43. der Verordnung vom 10. Juli 1849 noch viel weniger beabsichtigt, der von der Staats-Anwaltschaft gegen den Angeschuldigten eingelegten Appellation die Wirkung beizulegen, daß dadurch möglicher Weise eine dem Angeschuldigten günstigere Entscheidung sollte herbeigeführt werden können.

Unabhängig hiervon ist zwar noch die Frage, ob ein Angeschuldigter, welcher sich bei einem in einer Disciplinar-Untersuchung ergangenen ersten Erkenntnisse beruhigt hat, nicht wenigstens, wenn der Staats-Anwalt Berufung einlegt, nun auch seiner Seits noch appelliren kann? Allein auch dies muß verneint werden, da das Gesetz die Einlegung eines Rechtsmittels in Strafsachen im Wege der Adhäsion überhaupt nicht kennt.

Hiernach kann eine Prüfung, ob die vom ersten Richter gegen den Angeschuldigten ausgesprochene Strafversetzung gerechtfertigt ist, hier, weil der Angeschuldigte gegen diese Entscheidung rechtzeitig kein Rechtsmittel eingelegt hat, nicht stattfinden, das erste Erkenntniß mußte vielmehr bestätigt werden.

№ 57. (Crimin.=S. Nr. 16.)

Beginn der Strafzeit bei der Zuchthausstrafe im Falle der Erkrankung des Verurtheilten im Untersuchungs=Arresthause.

In dem Falle, wo die Ablieferung eines verhafteten Angeklagten zum Zuchthause wegen Krankheit nicht erfolgen kann, beginnt der Anfang der Strafzeit erst mit dem Tage der wirklichen Einlieferung zum Zuchthause. (Präjudiz des Senats für Strafsachen Nr. 258.)

Str. G. B. §. 11.

Criminal=Ordnung §. 566.

Justiz=Ministerial=Rescript vom 27. Mai 1840 (Justiz-Ministerial=Blatt S. 190.

Der Einlieger G. K. ist durch Erkenntniß des Kreisgerichts zu Ohlau vom 22. Februar 1859 wegen einfachen Diebstahls im vierten Rückfalle zu zwei Jahren Zuchthaus und Stellung unter Polizeiaufsicht auf gleiche Zeitdauer verurtheilt worden. Er beruhigte sich bei dieser Entscheidung und wurde im Audienz=Termine unmittelbar nach Verkündung des Erkenntnisses verhaftet. Seine Abführung zum Zuchthause konnte indessen nicht sofort erfolgen, weil er nach dem Atteste des Kreisphysicus vom 1. März 1859 an einem chronischen Hautausschlage litt; er trug demgemäß am 14. März ej. dahin an, mit Rücksicht auf diesen unverschuldeten Krankheitszustand den Anfangstermin der Strafe auf den 22. Februar 1859 festzusetzen. Dieser An=

trag ist durch Verfügung des Kreisgerichts vom 15. März cs. aus dem Grunde zurückgewiesen worden, weil die Strafvollstreckung erst vom Tage der wirklichen Einlieferung in das Zuchthaus zu berechnen sei. Hiergegen hat K. Beschwerde beim Appellations-Gerichte zu Breslau erhoben, welches mittelst Verfügung vom 31. März entschied:

daß der Antritt der gegen K. rechtskräftig erkannten zweijährigen Zuchthausstrafe auf den Tag zu bestimmen, an welchem er nach beschrittener Rechtskraft des Erkenntnisses im Zuchthause hätte abgeliefert werden können, indem die seiner Krankheit wegen eingetretene Nichtabführungsfähigkeit ihm nicht zum Nachtheile gereichen könne.

Gegen diese Verfügung hat der Ober-Staatsanwalt Beschwerde bei dem Ober-Tribunal erhoben und dahin angetragen, die Verfügung des Appellations-Gerichts aufzuheben und die des Kreisgerichts wiederherzustellen. Die erste Abtheilung des Senats für Strafsachen hat jedoch in ihrer Majorität jene Beschwerde nicht für begründet erachtet, indem sie zwar die Richtigkeit des Princips, daß die Vollstreckung einer Zuchthausstrafe mit der wirklichen Einlieferung zum Zuchthause beginnt, im Allgemeinen anerkennt, jedoch annimmt, daß eine Ausnahme hiervon dann eintreten müsse, wenn die Ablieferung des verhafteten Angeklagten zum Zuchthause wegen Krankheit desselben nicht erfolgen könne, — und zwar aus folgenden Gründen:

Die Annahme des Gegentheils würde zu den größten Härten führen, da eine Krankheit mehrere Monate und Jahre lang dauern könne, und der Angeklagte auf diese Weise ohne seine Schuld eine viel längere Freiheitsstrafe erleiden würde, als rechtkräftig gegen ihn erkannt ist. Das Justiz-Ministerial-Rescript vom 27. Mai 1840 bestimmt zwar, daß eine Ausdehnung der Vorschrift, nach

welcher, wenn Personen im Gefängnisse wahnsinnig werden, die Zeit ihrer Aufbewahrung im Irrenhause auf die Strafzeit angerechnet werden solle, auf andere Krankheiten unzulässig sei. Dies Rescript könne aber dermalen nicht mehr maßgebend sein, da dasselbe noch die Zulässigkeit der vorläufigen Abführung zur Strafanstalt voraussetze, welche durch §§. 158. und 159. der Verordnung vom 3. Januar 1849 aufgehoben ist, auch nur den hier nicht vorliegenden Fall vor Augen habe, daß der Gemüthskranke außerhalb des Gefängnisses in einer Irren-Anstalt aufbewahrt werde. In jenem Minist.-Rescripte selber sei aber anerkannt, daß, wenn die Abführung zum Zuchthause wegen Ueberfüllung desselben nicht erfolgen könne, die Strafzeit mit dem Tage beginne, an welchem ohne dies Hinderniß die Ablieferung hätte erfolgen können, — sowie, daß Militair-Personen die Gefängnißhaft vom Tage des publicirten ersten Urtels ab auf die Strafe angerechnet werden solle, wenn die Ablieferung zum Zuchthause durch die Königliche Bestätigung resp. durch die Rechtskraft des Urtels bedingt war. Hierin sei das Princip ausgesprochen, daß, wenn ohne Schuld des verhafteten Angeklagten seine Ablieferung zum Zuchthause nicht erfolgen könne, dies ihm nicht zum Nachtheile gereiche. Es sei aber nicht abzusehen, welcher Unterschied zwischen den Fällen bestehe, wo die Ablieferung wegen Ueberfüllung des Zuchthauses, oder aber wegen Erkrankung des Verurtheilten im Gefängnisse, unterbleiben müsse; es erscheine gleichgültig, ob das Hinderniß durch einen Zufall in der Person des Verurtheilten oder anderweitig eingetreten sei.

Da indessen in einem ganz ähnlichen Falle, wo die Ablieferung einer verhafteten Angeklagten zum Zuchthause des-

halb unterbleiben mußte, weil sie im Gefängnisse entbunden war und das Kind noch nicht von ihr getrennt werden konnte, mittelst Beschlusses vom 6. September 1854 in der Untersuchung wider die unverehelichte R. angenommen worden, daß der Anfang der Strafzeit nichts destoweniger erst von der wirklichen Ablieferung der R. zum Zuchthause zu berechnen sei, die vorliegende Frage auch jedenfalls als eine zweifelhafte erscheine, so wurde die Entscheidung an das Plenum des Senats für Strafsachen verwiesen.

Zur Aufrechthaltung des im Beschlusse vom 6. September 1854 angenommenen Grundsatzes wurde bei der Plenarverhandlung Folgendes geltend gemacht:

Die Vollstreckung erkannter Zuchthausstrafen beginnt im Allgemeinen unbestrittenermaßen erst mit dem Augenblicke, wo der Verurtheilte zum Zuchthause abgeliefert wird, gleichviel ob derselbe sich bereits seit längerer oder kürzerer Frist in Untersuchungshaft befunden und ob das Strafurtel schon längst in Rechtskraft erwachsen ist. Die Vollstreckung einer Strafe kann aber nur in der Herbeiführung desjenigen Zustandes bestehen, welcher durch das Strafurtel angeordnet ist. Da nun die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten nach §. 11. des Str. G. B. in einer Strafanstalt verwahrt und zu den in derselben eingeführten Arbeiten angehalten werden sollen, so kann von einer thatsächlichen Vollstreckung der Zuchthausstrafe nur dann die Rede sein, wenn der Verurtheilte in die Strafanstalt gebracht worden ist. Wenn neben dieser wirklichen Strafvollstreckung noch eine andere statuirt werden soll, so bedarf es hierzu einer positiven gesetzlichen Vorschrift, welche kraft einer Rechtsfiction den Strafantritt auf einen mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden früheren Zeitpunkt zurückschiebt. An einer

solchen gesetzlichen Bestimmung fehlt es indessen anerkanntermaßen im vorliegenden Falle. Jener Mangel kann auch weder durch die Analogie mit den im Minist.-Rescripte vom 27. Mai 1840 vorgesehenen Fällen, noch durch die Rücksichten der Billigkeit ersetzt werden.

Das bezeichnete Minist.-Rescript, welches sich lediglich als eine auf specielle Anfrage ergangene Belehrung über die Anwendung bestehender Vorschriften qualificirt, mithin nicht beabsichtigen konnte, etwas mit dem Gesetze im Widerspruch stehendes anzuordnen, geht ausdrücklich von dem Grundsatze aus, daß bei Zuchthausstrafen die Strafzeit erst mit der Ablieferung an den Strafort beginne und statuirt demnächst drei besondere Ausnahmen, nämlich:

1) bei Militärpersonen, wenn das Urtel der Königlichen Bestätigung bedarf,
2) bei Militär- und Civilpersonen, wenn die Ablieferung wegen Ueberfüllung des Straforts nicht erfolgen kann,
3) bei Personen, welche in dem Gefängniß wahnsinnig geworden sind und in eine Irren-Anstalt abgegeben werden.

Das Minist.-Rescript fügt alsdann ausdrücklich hinzu, daß „eine Ausdehnung dieser Verfügung auf andere Krankheiten nicht stattfinde." „Nur wenn ein Gefangener in der Strafanstalt erkrankt und in derselben gepflegt wird, wird ihm diese Zeit angerechnet."

Wenn die fortdauernde Anwendbarkeit dieser letzteren Bestimmung des Minist.-Rescripts dermalen aus dem Grunde bezweifelt wird, weil dasselbe noch die Zulässigkeit der vorläufigen Abführung zur Strafanstalt auf Grund der §§. 557 ff. der Criminal-Ordnung voraussetze, welche seitdem durch §§. 158. und 159. der Verordnung vom 3. Januar 1849 aufgehoben sind, so kann aus dieser Ab-

änderung der Gesetzgebung jedenfalls nur eine dem Verurtheilten nicht günstige Schlußfolgerung abgeleitet werden. Indem nämlich durch die bezeichneten §§. 158. und 159. die früherhin gesetzliche anerkannte Fiction, daß eine noch nicht in Rechtskraft erwachsene Strafe überhaupt abgebüßt und die Untersuchungshaft auf jene Strafe imputirt werden kann, principiell beseitigt worden ist, so wird hiermit die Zulässigkeit der weiteren Fiction, daß eine erkannte Zuchthausstrafe auch durch eine anderweite Freiheitsentziehung abgebüßt werden könne, eher geschwächt, als verstärkt. Gerade mit Rücksicht hierauf ist selbst die weiter gehende Behauptung aufgestellt worden, daß, wenn die Abführung zum Zuchthause auch wegen Ueberfüllung desselben nicht erfolgt, die im Minist.-Rescripte vom 27. Mai 1840 getroffene Anordnung, so sehr sie der Billigkeit entspreche, „von dem Standpunkte des neuen Strafsystems ohne Weiteres nicht für zulässig erachtet werden könne“ (cfr. Goltdammer, Materialien I. S. 163.). Soviel scheint jedenfalls anerkannt werden zu müssen, daß eine Ausdehnung der im Minist.-Recripte enthaltenen Bestimmungen durch die bezeichnete Aenderung der Gesetzgebung nicht gerechtfertigt wird. In jenem Ministerial-Rescripte ist überhaupt nicht das Princip ausgesprochen worden, daß wenn ohne Schuld des verhafteten Angeklagten seine Ablieferung zum Zuchthause nicht erfolgen kann, dies ihm nicht zum Nachtheil gereichen dürfe; wäre dies aber auch der Fall, so dürfte das Rescript immerhin da nicht zur Geltung gebracht werden, wo dies durch den Wortlaut desselben ausdrücklich ausgeschlossen wird.

Es kann auch die Ansicht nicht als richtig anerkannt werden, daß ein Unterschied nicht bestehe, ob die Ablieferung zum Zuchthause deshalb, weil dasselbe überfüllt, oder

aber, weil der Verurtheilte im Gefängnisse erkrankt ist, unterbleibe. Denn der in der Persönlichkeit des Individuums sich ereignende Zufall ist ganz eigentlich nur dasselbe betreffendes Glück oder Unglück. So wie die persönliche Arbeitsfähigkeit es ist, welche einen Schuldner früher oder später in den Stand setzt, durch Arbeits-Verdienst eine civilrechtliche Schuld zu tilgen, so hängt auch die frühere oder spätere Möglichkeit der Verbüßung einer Strafe davon ab, ob und wann der Verurtheilte in der Lage ist, in die Strafanstalt gebracht zu werden. Nach der bestehenden Gesetzgebung kann selbst die durch Versäumnisse der Beamten herbeigeführte Verlängerung der Untersuchungshaft es nicht mehr, wie vordem, rechtfertigen, die verwirkte Strafe, selbst wenn dieselbe nur in einfacher, von der Untersuchungshaft nicht wesentlich verschiedener Gefängnißstrafe besteht, für abgebüßt zu erklären. Was aber von jeder vorläufigen Untersuchungshaft gilt, trifft bei der nach der Verurtheilung fortgesetzten Sicherheitshaft ebenwohl ein, wie sich dies aus §. 159. l. c. ergiebt. Selbst nach eingetretener Rechtskraft des Urtels bedarf es zum Beginne der Strafzeit noch einer besonderen Thätigkeit der betreffenden Beamten, in sofern die Strafe in einer qualificirten Freiheitsentziehung besteht. In diesem Falle ist zwar der Beamte nach §. 536. der Criminal-Ordnung verpflichtet, „das Urtel unverzüglich zur Vollstreckung zu bringen,“ allein es wird dieser Anweisung sofort der Vorbehalt beigefügt, „in sofern sich nicht in der Person des Verurtheilten Veränderungen ereignen, welche bis dahin dem erkennenden Richter unbekannt waren, als Schwangerschaft, K r a n k h e i t u. s. w.“

Wenn nun der §. 560. dennoch bestimmt, daß „die Dauer der rechtskräftig erkannten Strafe jedesmal vom Tage der A b l i e f e r u n g zum Zuchthause angerechnet wer-

den solle," und der §. 566. wiederholt, „daß keine Krankheitswegen zur Arbeit unfähige Personen u. s. w. an den Strafort abgeführt werden sollen," so darf die im Minist.-Rescripte ausgesprochene Verfügung um so weniger über ihren Wortlaut ausgedehnt, sondern nur stricte interpretirt, mithin auf solche Personen beschränkt werden, welche in dem Gefängnisse selbst geisteskrank geworden sind.

Was den im Ministerial-Rescripte vom 27. Mai 1840 ausgesprochenen Satz anlangt, daß auch bei Ueberfüllung der Strafanstalt eine Ausnahme von dem oben bezeichneten Princip Platz greife, so kann eine ausdehnende Anwendung dieses Satzes oder der ihm zu Grunde liegenden Billigkeitsrücksicht auf den vorliegenden Fall schon darum nicht als gerechtfertigt erscheinen, weil eine Analogie in dieser Hinsicht nicht besteht. Wenn nämlich der Staat selber es an den erforderlichen Anstalten fehlen läßt, in welchen die von ihm angeordneten verschiedenartigen Freiheitsstrafen abzubüßen sind, so ergiebt sich eben hieraus von selber die Nothwendigkeit, die vorhandenen Detentions-Anstalten den nicht vorhandenen zu substituiren, während im Uebrigen jeder derartigen Fiction das im §. 16. des Str. G. B. enthaltene Princip der Strafumwandlung entgegensteht. Wenn gleichwohl hinsichtlich der in der Strafanstalt wahnsinnig gewordenen Personen jener Unterschied nach dem Ministerial-Rescripte nicht weiter zu berücksichtigen ist, so erklärt sich dies schon durch die Erwägung, daß bei einmal vorhandener Geisteszerrüttung des inhaftirten Verurtheilten das Bewußtsein des Unterschieds der Freiheitsentziehungen eben so gewiß, wie bei den im Zuchthause Erkrankten die Arbeitspflicht selber wegfällt, ohne daß dadurch der Lauf der Strafzeit unterbrochen werden könnte. Die desfallsige Bestimmung des Minist.-Rescripts muß aber um so mehr als

fortbestehend erachtet werden, da dieselbe in den früheren Strafgesetz-Entwürfen ausdrücklich aufgenommen war und in den verschiedenen Stadien der Berathung gebilligt, auch in dem Commissions-Berichte der zweiten Kammer als selbstverständlich bezeichnet worden ist. (Goltdammer Mat. I. S. 112.)

Schließlich muß gegenüber jeglicher Beschränkung des Grundsatzes, daß die Strafzeit erst mit der wirklichen Ablieferung zum Zuchthause beginnt, noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß nach §. 11. al. 2. des Str. G. B. die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten nur während der eigentlichen Strafzeit, nicht aber schon mit dem Eintritte der Rechtskraft des Strafurtels die Administrations- und Dispositions-Befugniß verlieren (Goltdammer Mat. 1. S. 165., Oppenhoff ad §. 11. Not. 2.). Denn hieraus ergiebt sich auch für das Gebiet des Civilrechts das dringende Bedürfniß eines festen, von den wechselnden Gesundheitsverhältnissen des Verurtheilten, resp. von deren Beurtheilung Seitens des betreffenden Arztes unabhängigen Princips für den wirklichen Beginn der Strafzeit.

Das Plenum des Senats für Strafsachen ertheilte demnach durch Beschluß vom 27. Juni 1859

in Erwägung, daß die Verfügung des Appellations-Gerichts zu Breslau vom 31. März 1859, welche anordnet:

daß der Antritt der gegen K. rechtskräftig erkannten zweijährigen Zuchthausstrafe auf den Tag zu bestimmen, an welchem er nach beschrittener Rechtskraft des Urtels im Zuchthause hätte abgeliefert werden können,

dahin motivirt wird:

indem die seiner Krankheit wegen vorläufige Nichtabführungsfähigkeit des in Haft behaltenen K. demselben nicht zum Nachtheile gereichen könne,

daß der Appellations-Richter mithin annimmt, daß der Angeklagte seiner Krankheit wegen vorläufig zur Abführung in das Zuchthaus nicht fähig sei,

daß jedoch die Criminal-Ordnung unter den Bestimmungen in Betreff dessen, was der Richter vor der Ablieferung in das Zuchthaus zu beobachten hat, im §. 566. ausdrücklich vorschreibt:

Auch ist dahin zu sehen, daß keine Krankheitswegen zur Arbeit unfähige Personen, Schwangere und Kinder der Gefangenen an den Strafort mitabgeliefert werden; —

daß also, so lange der Angeklagte seiner Krankheit wegen zur Abführung in das Zuchthaus unfähig ist, nach §. 566. l. c. ein gesetzliches Hinderniß besteht, die erkannte Zuchthausstrafe durch Ablieferung in das Zuchthaus zu vollstrecken, und wenn dadurch auch die Gefängnißhaft des Angeklagten verlängert wird, es doch durch keine gesetzliche Bestimmung sich rechtfertigt, diese verlängerte Gefängnißhaft auf die nach §§. 11. und 14. des Str. G. B. wesentlich von ihr verschiedene Zuchthausstrafe anzurechnen, also eine Ausnahme von dem auch in dem Justiz-Minist.-Rescripte vom 27. Mai 1840 anerkannten Grundsatze:

daß bei Zuchthausstrafen die Strafzeit erst mit der Ablieferung des bereits in Haft befindlichen Verurtheilten an den Strafort beginnt,

zu machen;

daß hiernach die Beschwerde des Ober-Staats-Anwalts über die auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhende Verfügung des Appellations-Gerichts zu Breslau vom 31. März 1859 begründet erscheint, und

unter Aufhebung der gedachten Verfügung der den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Beschluß des Kreisgerichts zu Ohlau vom 15. März 1859 wieder herzustellen war,

zum Bescheide:

daß die Verfügung des Appellations-Gerichts zu Breslau vom 31. März 1859 aufzuheben und der Beschluß des Kreisgerichts zu Ohlau vom 15. März 1859 wieder herzustellen.

III.

Präjudicien.

a) in Civil-Sachen.

№ 2709. Siehe S. 84. dieses Bandes.

№ 2710. Siehe S. 117. dieses Bandes.

№ 2711. 11. November 1859. III. Senat. Zur Cabinets-Ordre vom 1. März 1847 (Ges.-Samml. S. 112.).

Der Grundsatz der Cabinets-Ordre vom 1. März 1847, nach welcher Entschädigungs-Ansprüche der Grundbesitzer für zum Zwecke einer Eisenbahn-Anlage expropriirte oder beschädigte Grundstücke der dingliche Gerichtsstand — zufolge §. 9. der Verordnung vom 2. Januar 1849 bei dem ordentlichen Gerichte der belegenen Sache — stattfindet, ist nicht auf den Fall zu beschränken, wenn eine Eisenbahn-Gesellschaft das Expropriations-Recht ausgeübt hat. Derselbe findet vielmehr auch gegen den Fiscus, als Unternehmer von Staats-Eisenbahnen Anwendung.

№ 2712. Siehe S. 1. dieses Bandes.

b) des Senats für Strafsachen.

№ 261. Siehe S. 59* dieses Bandes.

№ 262. Siehe S. 122* dieses Bandes.

№ 263. Siehe S. 113* dieses Bandes.

Register.

I. Sachregister.

II. Verzeichniß der erläuterten oder zur Anwendung gebrachten Gesetze.

Allgemeines Landrecht.

Theil I.

Theil II.

Strafgesetz-Buch.

Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuche.

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Theil I.

Concurs-Ordnung.

Criminal-Ordnung von 1805.

Ostpreußisches Provinzialrecht.

Westpreußisches Provinzialrecht vom Jahre 1844.

Lübisches Recht.

Französisches Civilgesetzbuch.

Einzelne Gesetze, Verordnungen u. s. w. nach der Zeitfolge.

Jahr.	Tag.	
1852.	2. Juni.	Gesetz wegen Bestrafung des Holzdiebstahls. §§. 33. 35. S. 268.
1854.		Englisches Schifffahrtsgesetz (17. et 18. Victoria Cap. 104.) betreffend den Gebrauch der Nachtleuchte auf Seeschiffen. S. 19.
—	24. April.	Gesetz, betreffend die Aufhebung des 11. Absch. Tit. 1. Thl. II. des Allgemeinen Landrechts. §§. 1—3. 6—8. 22. S. 201 ff.
—		Englische Parlamentsacte: Marchant shipping Act (17. et 18. Victoria cap. 104.), betreffend die Disciplin auf den Kauffahrteischiffen. S. 14*
1855.	12. Februar.	Ergänzungsgesetz über Besteuerung des Rübenzuckers. S. 72*
—	9. Mai.	Gesetz, betreffend die Anfechtung der Verträge zahlungsunfähiger Schuldner. §§. 5. 13. S. 98.
1856.	19. März.	Städte-Ordnung für die Provinz Westphalen. §. 4. S. 280.

Berichtigungen.

S. 53. Z. 3. l. nur das st. des.
" 57. " 6. v. u. l. des st. der (alvei).
" 123. " 3. v. u. l. Obs. st. Obh.
" 192. " 1. und 2. v. u. l. Provokanten.
" 267. " 3 v. u. l. auch st. chau.
" 311. " 12. l. Chodziesen st. Chokdziesen.
" 17* " 2. gehört das Citat §§. 63—71. in Zeile 1. hinter Tit.
" 129* " 12. v. u. ist das Zeichen (und das folgende Wort: Gegen zu streichen.

Druck von G. A. Schiementz u. Co. in Berlin.

Druck von C. A. Schiemenz u. Co. in Berlin.


FÖRSTER
Buchbinder
in München.



